Die Schweigepflicht des Arztes und Apothekers nach deutschem und französischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
ROLAND GÖNNER
Gerichtsreferender
aus Ravensburg

1939

Buchdruckerei Albert Becht, Tübingen, Hirschgasse 16

Obmann: Professor Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Dr. habil. Bockelmann

2. Berichterstatter: Professor Dr. Kern

Tag der mündlichen Prüfung: 11. November 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Onkel, Rechtsanwalt Wetzel in Waldsee
in Dankbarkeit zugeeignet!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 11

A. Die Schweigepflicht des Arztes nach deutschem Recht.

§ 2 Die geschützten Rechtsgüter 15
1. Schutz öffentlicher und privater Rechtsgüter . . . 15
2. Ist der Rechtsgutsbegriff heute noch möglich als tragender Grundbegriff? 16
3. Welche Rechtsgüter schützt § 13 RÄO im Einzelnen? . . 21

§ 3 Der Täterkreis 24
1. Der bestallte Arzt 24
2. Medizinalpersonen außer dem bestallten Arzt (Hebamme, Wundarzt, Tierarzt, Zahnarzt, ausl. und jüdischer Ärzt) und ihre Schweigepflicht 26
3. Die Gehilfen des Arztes 33
a) gelegentliche oder berufsmäßige 33
b) Die Hörer von Vorlesungen 35
α) Medizinstudenten 35
β) Andere Personen 36
c) Die Krankenpflegepersonen 37
4. Nichtärzte als Täter 38

§ 4 Das anvertraute oder zugänglich gewordene fremde Geheimnis 43
1. Der Begriff des fremden Geheimnisses 43
2. Anvertraut oder zugänglich geworden 46
3. Bei Ausübung seines Berufes 48
4. Der Geheimnisherr 49

§ 5 Die Offenbarung 51
1. Die unbefugte Offenbarung 51
a) Begriff des Offenbarens 51
b) Arten der Offenbarung 51
c) Unbefugt 53
2. Die befugte Offenbarung 54
a) Die Pflichtenkollision 54
b) Die gesetzlichen Offenbarungspflichten 54
c) Die gesetzlichen Offenbarungsrechte 59
aa) Die Einwilligung 59
bb) Die Offenbarung kraft sittlicher Pflicht. . . 64
cc) Die Offenbarung zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck 76
α) Die Abgrenzung gegenüber „sittlicher Pflicht" . 76
β) Einzelne Fälle 78

dd) Der Arzt als Zeuge und die Beschlagnahme von Krankengeschichten 89
ee) Die befugte Offenbarung durch Gehilfen und andere schweigepflichtige Personen 94

B. Die Schweigepflicht des Apothekers nach deutschem Recht.

§ 6 Allgemeines über das Apothekergeheimnis 97
§ 7 Der Täterkreis. Die Besonderheiten gegenüber der Reichsärzteordnung 98
§ 8 Sonstige Besonderheiten gegenüber der Reichsärzteordnung . 101
1. Offenbarungsrechte und -pflichten 101
2. Der Apotheker als Zeuge 103

C. Die Schweigepflicht des Arztes und Apothekers nach französischem Recht.

§ 9 Geschichtliche Entwicklung 107
§ 10 Der Schutzcharakter des art. 378 code pénal 109
§ 11 Der Täterkreis 110
§ 12 Das anvertraute Geheimnis 111
1. Der Begriff des anvertrauten Geheimnisses . . . 111
2. Bei Ausübung des Berufs 112
3. Der Geheimnisherr 113
§ 13 Die Offenbarung des Geheimnisses 113
1. Die unbefugte Offenbarung 113
a) Begriff und Arten 113
b) Die Schädigungsabsicht 114
2. Die befugte Offenbarung 115
a) Die gesetzlichen Offenbarungspflichten und -rechte . 115
b) Die Einwilligung 122
c) Der Arzt als Zeuge 124
§ 14 Schluß 126

Schrifttum

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. vielfach veränderte Auflage. Leipzig-Erlangen 1922.

Aschaffenburg, Das ärztliche Berufsgeheimnis bei Schwangerschaften, Mon. f. Krim. 1936, S. 155.

Becker, Das Berufsgeheimnis im strafrechtlichen Schutz der Reichsärzteordnung, Med. Welt 1936, S. 210.

Beling, Die Beweisverbote, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46.

Benedix, Die Rechtspflicht des Schweigens, Goltdammers Archiv Bd. 52, S. 1.

Berges, Zum Rechtsgutsbegriff eines deutschen Strafrechts, D Str 1935, S. 445.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 1. Bd., 2. Aufl. Leipzig 1890.

— —, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Bd., 2. Aufl. Leipzig 1902.

— —, Handbuch des Strafrechts, 1. Bd. Leipzig 1885.

Bohne, Die strafrechtlichen Bestimmungen der Reichsärzteordnung vom 15. 12. 1936, 3. Teil, DMW 1936, S. 972.

— —, Rechtsfragen aus der ärztlichen Praxis, DMW 1936, S. 16.

Böhme, Strafbarkeit der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses, Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie und gerichtliche Medizin, Bd. 57, S. 743.

Brissaud, Le secret médical, Thèse (droit). Bordeaux 1912.

Convers, Le secret médical dans les lois modernes récentes, Thèse (Méd). Lyon 1913.

Dahm, Gallas, Schaffstein u. a., Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Gleispach, Berlin und Leipzig 1936.

Dahm, Huber, Larenz, Michaelis, Schaffstein, Siebert, Grundfragen der Rechtswissenschaft. Berlin 1935.

Dahm, Verrat und Verbrechen, Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, Bd. 95, S. 283 ff.

— —, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, Ztschr. f. Strafrechtswiss. Bd. 57, S. 225 ff.

Dassel, Zum Zeugnisverweigerungsrecht der Aerzte, Recht 1909, S. 394.

Deschl, Das Berufsgeheimnis im Strafrecht, Diss. München 1938.

Donnedieu de Vabres, Les Médecins et la réforme du code pénal, le secret professionnel des médecins, ZStW Bd. 55, S. 382.

Ebermayer, Der Arzt im Recht. Leipzig 1930.

— —, Arzt und Patient in der Rechtsprechung. Berlin 1924.

— —, Die Beziehungen des Arztes zu der Zivil- und Strafrechtspflege, JW 1929, S. 2217.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg (LpzKomm), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.

Fau, Le secret professionnel et l'avocat, Thèse. Toulouse 1912.
Finger, Der Geheimnisbruch: Das Eindringen in die fremde Geheimnissphäre und das Preisgeben anvertrauter Geheimnisse, Vgl. Darst. Bes. Teil, Bd. 8. 1909.
Flügge, Rechtsfragen, DMW 1910, S. 1453.
Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 18. Aufl. Tübingen 1931.
Freisler, Der Heimweg des Rechts in die völkische Sittenordnung, Beiträge zum Recht des neuen Deutschland, Festschrift für Schlegelberger. Berlin 1936.
— —, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken. Berlin 1938.
Garçon, Code pénal, annoté, Paris 1901, Tome pr.
Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Tübingen 1934.
Genequand, Le secret médical, Thèse. Genf 1930.
Gransee, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz im geltenden Recht und in den Entwürfen. Diss. Leipzig 1928.
Groß, Zur Frage des Berufsgeheimnisses, Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Bd. 13, S. 241.
Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. Berlin 1935.
— —, Das kommende deutsche Strafverfahren, Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission. Berlin 1938.
Gütt-Linden-Maßfeller, Blutschutz und Ehegesundheitsgesetz. München 1936.
Gütt-Rüdin-Ruttke, Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, 2. Aufl. München 1936.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Bd., 1. A. Bonn 1884.
Hellwig, Die Neuregelung des Berufsgeheimnisses des Arztes, DMW 1936, S. 153.
— —, Die Bedeutung der Reichsärzteordnung für die Rechtspflege, DJ 1936, S. 370.
— —, Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. 2. 1927. München, Berlin und Leipzig 1928.
Hippe, Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB, Goltd.Arch. 46, S. 283.
Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, bearb. von Aschaffenburg. Berlin 1934.
Humbert, Le secret médical dans les nouvelles lois sociales, Thèse. Paris 1923.
Jaquet, Die Schweigepflicht des Arztes, Korrespondenzblatt für Schweizer Aerzte, Jg. 1910, S. 260.
Jellinek, Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwalts, Mon. f. Krim. 1906/07, S. 656.
Kallfelz, Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichsärzteordnung, JW 1936, S. 1343.
Kern, Die Aeußerungsdelikte, Tübingen 1919.
Kirchgeorg, Der Schutz des Berufsgeheimnisses nach geltendem Recht und nach dem Strafgesetzentwurf von 1927. Diss. Tübingen 1930.

Klee, Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung, D Str
Klein, Die ärztliche Schweigepflicht nach § 13 Reichsärzteordnung. Diss. 1936, S. 1.
Kohlrausch, Das Reichsgericht über die Schweigepflicht des Arztes, Köln 1937.
ZStW 26, S. 240.
— —, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 33. A. Berlin 1937.
Kohler, Die Geheimnispflicht des Arztes, Mon. f. Krim. 1910, S. 593.
Krauss, Das Berufsgeheimnis des Psychiaters, Mon. f. Krim. 1905, S. 151.
Landsberg, Die ärztliche Schweigepflicht, DMW 1907, S. 148.
Lägel, Das tierärztliche Schweigegebot nach der Reichstierärzteordnung, Deutsches Tierärzteblatt 1936, S. 467.
Liebmann, Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse. Frankfurt 1886.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.
Ludwig, Die Verletzung des Berufsgeheimnisses. Diss. Breslau 1904.
Messner, Die Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses, Deutsches Aerzteblatt 1937, S. 1075.
Meyer, Hellmuth, Der Verbrecherbegriff, Ein Forschungsbericht, D Str 1938, S. 73 ff.
Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. München und Leipzig 1933.
— —, Deutsches Strafrecht, Ein Leitfaden. Berlin 1936.
Mittermaier, Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichsärzteordnung, Mon. f. Krim. 1936, S. 153.
— —, Gutachten über § 300 StGB, ZStW 21, S. 197.
Mueller, Die gegenwärtige Lage der Strafrechtsreform vom medizinischen Standpunkt aus, MMW 1936, S. 21.
Muralt, Das ärztliche Berufsgeheimnis, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1903, S. 160.
Neukamp, Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichsärzteordnung, Mon. f. Krim. 1937, S. 77.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., 2. Bd. Berlin 1927.
Pestalozza, Rechtsgutsverletzung oder Pflichtverletzung? D Str 1938, S. 107 ff.
Picot, Le respect du secret médical dans les déclarations à l'Etat civil, Thèse. Paris 1930.
Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes, 3. Aufl. Leipzig 1909.
Preiser, Vorschläge zu Maßnahmen auf dem Gebiete der Strafverfolgung der Abtreibung. Mon. f. Krim. 1937, S. 552.
Raiter, Avortement criminel et dépopulation, Thèse. Paris 1925.
Rambke, Kriminaltaktik gegen das Abtreibungsgewerbe, Kriminalistische Monatshefte 1936, S. 145.
Sandheim, Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB. Diss. Halle 1904.
Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 123. Breslau 1910.
Serexhe, Die Verletzung fremder Geheimnisse. Diss. Freiburg 1906.
Schaffstein, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, D Str 1937, S. 335 ff.

— —, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? D Str 1935, S. 97.
Schäfer, K., Bemerkungen zur ärztlichen Schweigepflicht, D Str 1937, S. 197.
— —, Zu § 13, Reichsärzteordnung, DJ 1936, S. 373.
Schäfer, L.-Lehmann, Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, Kommentar. Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.
Schläger, Arzt und Patient, Velhagen & Klasings Monatshefte, 51. Jg. 1936/37, 2. Bd., S. 436.
Schuhmacher, Das ärztliche Berufsgeheimnis nach § 300 StGB, Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung, XXXV. Bd., 9. Heft. 1931.
Schwarz, Strafprozeßordnung, 4. Aufl. München und Berlin 1935.
— —, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. München und Berlin 1938.
Schwinge-Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. Bonn 1937.
Spinner, Aerztliches Recht. Berlin 1914.
Spohr, Das Berufsgeheimnis des Apothekers, Pharmazeutische Zeitung, 1937, S. 587 und fortgesetzt S. 614.
Steinwallner, Das Berufsgeheimnis des Apothekers nach der Reichsapothekerordnung, Deutsche Apothekerzeitung 1937, S. 678.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 3. Aufl. München 1898.
— —, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 1. Berlin 1928.
Stévenard, Le secret médical et la syphylis, Thèse. Paris 1905.
Stut, Das ärztliche Geheimnis und seine Wahrung. Diss. Jena 1928.
Syroth, Das ärztliche Berufsgeheimnis, MMW 1936, S. 1469.
Valentino, Le secret professionnel en Médecine, sa valeur sociale, Thèse. Paris 1902.
Wolff, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, Strafr. Abh. Heft 86. Breslau 1908.
Weimar, Das Berufsgeheimnis des Arztes gemäß § 13 der Reichsärzteordnung vom 13. 12. 35, Deutsches Polizeiarchiv 1936, S. 266.
Zschock, § 300 StGB. Diss. Rostock 1903.

Abkürzungen

ZStW = Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft.
Mon.f.Krim. = Monatsschrift für Kriminalpsychiologie und Strafrechtsreform.
DR = Deutsches Recht.
DJ = Deutsche Justiz.
D Str = Deutsches Strafrecht.
JW = Juristische Wochenschrift.
MMW = Münchner Medizinische Wochenschrift.
DMW = Deutsche Medizinische Wochenschrift.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.
MedWelt = Medizinische Welt.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGSt = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

abgeschlossen am 1. 10. 1938.

Einleitung.

§ 1.

Zu allen Zeiten wurde der Mensch durch Krankheiten seines Leibes heimgesucht. Er war stets auf der Suche nach Mitteln, diesem Uebel möglichst weitgehend zu begegnen. Immer hat es auch Menschen gegeben, die sich die Bekämpfung der Krankheiten durch Erforschung ihrer Erreger, der Methoden ihrer Vernichtung und der Herstellung der Mittel hierzu zur Lebensaufgabe gemacht haben. Je höher diese Wissenschaft in einem Volke entwickelt war, und je mehr der Arzt seinen Beruf nicht in erster Linie als Erwerbsquelle, sondern als sittliche Aufgabe an der Menschheit betrachtete, desto größer war stets die Achtung vor diesem Stande und das Vertrauen zum einzelnen Arzt.

Beim Einzelmenschen entspringt der Kampf gegen die Krankheit dem Selbsterhaltungstrieb, den die Natur jedem Geschöpf mitgegeben hat. Aber auch jedes Volk in seiner Gesamtheit besitzt einen solchen Selbsterhaltungstrieb, und solange es noch sich selbst behaupten will und damit auch gegen inneren Zerfall ankämpfen muß, trifft es die Pflicht, Krankheiten mit allen Mitteln zu bekämpfen. Der Staat muß daher den Arzt weitgehend unterstützen und der Art der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit das größte Interesse entgegenbringen.

Die Krankheit heilen bedeutet vor allem und zuerst ihre Ursache erkennen. Dies ist für den Arzt die wichtigste und oft schwierigste Aufgabe. Er kann sie nicht erfüllen allein auf Grund der äußeren Besichtigung des Körpers des Patienten. Der hilfesuchende Patient muß ihm wahrheitsgemäß seine körperlichen Beschwerden dartun, den bisherigen äußeren Verlauf der Krankheit schildern und vor allem ihm seine vergangene Lebensweise offenbaren.

Den Menschen umgibt jedoch ein gewisser Kreis von ihn selbst und sein Innerstes betreffenden Tatsachen, die er seinen Mitmenschen gewöhnlich nicht mitzuteilen pflegt, die er als Ge-

heimnisse hütet. Hierzu gehören in erster Linie seine Krankheiten, besonders jene, die seine Mitmenschen als ehrenrührig betrachten und deren Offenbarung an diese ihn daher an seiner Achtung verlieren lassen.

Es entsteht hier ein Konflikt. Verschiedene Interessen stehen sich gegenüber. Der Ausgleich ist nur möglich, wenn der Arzt, dem der Patient sein Innerstes mit allen seinen Geheimnissen offenbart, das vom Patienten erhaltene Vertrauen durch unbedingtes Schweigen gegenüber allen andern Mitmenschen rechtfertigt.

Die Notwendigkeit dieses Schweigens haben die Aerzte sehr bald erkannt als eine ihrer vornehmsten Berufspflichten. In diesem Zusammenhang wird stets der Eid des Hippokrates angeführt, der den Satz enthält[1]): „Was ich aber während der Behandlung sehe oder höre oder auch außerhalb der Behandlung im gewöhnlichen Leben erfahre, das will ich, soweit es außerhalb nicht weiter erzählt werden soll, verschweigen, indem ich Derartiges für ein Geheimnis ansehe". Von dem Eid des Hippokrates bis zur Regelung der Schweigepflicht in der Reichsärzteordnung hat das ärztliche Berufsgeheimnis eine recht verschiedene Behandlung erfahren. Bisher war die ärztliche Schweigepflicht in § 300 StGB festgelegt[2]).

Der heutige deutsche Staat ist bestrebt, die Rechte und Pflichten der einzelnen Stände durch Standesordnungen zu regeln. So haben auch die Aerzte ihre Standesordnung durch die Reichsärzteordnung vom 13. 12. 1935 (RGBl I S. 1433) erhalten. Diese hat sich, wie alle Standesordnungen, zur Aufgabe gemacht, alle den Aerztestand und seine Mitglieder betreffenden Rechte und Pflichten aufzunehmen. Zu den Pflichten eines Arztes gehört aber nicht zuletzt die Schweigepflicht. Die Strafbestimmung für das ärztliche Berufsgeheimnis wurde daher aus dem Strafgesetzbuch herausgenommen und in die ärztliche Standesordnung gesetzt. Im Wortlaut hat § 13 RAeO folgende Fassung:

„Ein Arzt, der unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei Ausübung seines Berufes anvertraut oder zugäng-

1) Bei Muralt aaO S. 161.

2) Für die geschichtliche Entwicklung vgl. Placzek aaO S. 94; Sauter aaO S. 1; Schuhmacher aaO.

lich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe oder einer dieser Strafen bestraft.

Dem Arzt stehen seine berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen. Ebenso wird bestraft, wer, nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten, das von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt veröffentlicht.

Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zwecke offenbart, und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt.

Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt".

Dieser Bestimmung, ihrem Inhalt und ihrer Tragweite, gilt die vorliegende Untersuchung. Man könnte vielleicht fragen, ob zu einer monographischen Behandlung solcher Art noch Anlaß besteht. Denn das ärztliche Berufsgeheimnis ist schon vielfach eingehend behandelt worden. Der neue § 13 RAeO scheint überdies eine klare und abschließende Regelung des Problems gebracht zu haben.

Indessen hat das Problem des Berufsgeheimnisses seit jeher zu vielen Streitfragen Anlaß gegeben. Die Neuregelung hat zu mancher Frage eine Lösung gebracht. Verschiedene Streitfragen hat sie aber unbeantwortet gelassen. Wie dies bei einer Neuregelung immer der Fall ist, sind weitere Streitfragen zu den alten hinzugekommen. Darum erscheint es gerechtfertigt, sich auf dem Boden der neuen Rechtslage erneut an der alten Aufgabe zu versuchen.

Das wichtigste und interessanteste Problem beim ärztlichen Berufsgeheimnis ist der Ausgleich der Pflichtenkollision. In gewissen Fällen verlangt das Interesse der Gesamtheit und auch dasjenige einzelner ihrer Mitglieder eine Durchbrechung des Schweigegebots. Wann ein solcher Fall vorliegt, hat das Gesetz nicht jedesmal entschieden. Es hat sich nicht zu einer vollständigen Aufzählung der Fälle, in denen eine Pflicht zur Anzeige besteht, entschließen können. Eine ins Einzelne gehende Regelung

dieser Konflikte ist unmöglich. Das Gesetz hat daher in vielen Fällen die Entscheidung und damit auch Verantwortung dem Arzt überlassen. Zu diesen Fragen wird daher besonders sorgfältig Stellung zu nehmen sein.

Die Untersuchung wird sich dabei ganz auf die strafrechtliche Seite des Problems beschränken. Es hat auch eine andere Seite, nämlich eine standesrechtliche. Gelegentlich ist der Vorschlag gemacht worden, seine Lösung allein mit den Mitteln des Standesrechts zu versuchen, den Strafrichter aber auszuschalten [3]). Dieser Vorschlag scheint für sich zu haben, daß ein rein ärztliches Standesgericht vielleicht leichter zu einer festen Praxis kommen würde. Doch ist das geltende Recht solchen Anregungen nicht gefolgt. Die Zuständigkeit des Strafrechts ist gegeben, damit auch die eigene strafrechtliche Problematik der Sache. Dies läßt es gerechtfertigt erscheinen, die Arbeit hierauf zu beschränken. Im übrigen wird sie noch eine beschränkte rechtsvergleichende Aufgabe in Angriff nehmen.

Obwohl alle Strafgesetzbücher der Neuzeit, soweit sie sich mit dem Berufsgeheimnis befassen, die sog. Pflichtenkollision beachten und nach einem Ausgleich suchen, hält das französische Gesetz (art. 378 c. p.) grundsätzlich an dem Prinzip der absoluten Schweigepflicht fest. Die französischen Aerzte sind erst neuerdings wieder gegen eine Lockerung der Schweigepflicht Sturm gelaufen [4]). Es ist daher für unser Problem äußerst lehrreich, wie die französische Aerzteschaft und die französischen Juristen mit der aus dem Jahre 1810 stammenden Gesetzesbestimmung auch heute noch in vielen Fällen durch rechtliche Konstruktionen zu befriedigenden Ergebnissen gelangen. Das französische Recht sei im dritten Teil behandelt.

3) Landsberg aaO S. 150.
4) Bemerkung in DMW 1936 S. 1025.

A. Die Schweigepflicht des Arztes nach deutschem Recht.

§ 2. Die geschützten Rechtsgüter.

1. Ueber das Rechtsgut, das durch die Strafdrohung geschützt wird, gab es für § 300 StGB die verschiedensten Ansichten. Einmal stritt man sich, ob durch § 300 StGB ein privates oder ein öffentliches Interesse geschützt werden sollte. Die Vertreter der ersten Meinung schieden sich wieder in Gruppen, in denen der Streit darum ging, welches private Rechtsgut (Ehre, Vertrauen, Interesse, Wille) dann geschützt wird.

Nach dem heutigen veränderten Denken und Werten im Strafrecht steht, wie auch im übrigen Rechts- und Volksleben für die Eingliederung einer Strafnorm, nicht mehr die Scheidung zwischen den zwei Rechtssphären des privaten und des öffentlichen Interesses im Vordergrund, sondern sämtliche Rechtsnormen richten sich heute aus nach ihrem Verhältnis und ihrem Wert zur Gesamtheit.

Man könnte daraus nun entnehmen, daß der Streit um das geschützte Rechtsgut für das ärztliche Berufsgeheimnis durch diese neue Auffassung von den Strafrechtsnormen als Schutz der Gesamtinteressen eindeutig zugunsten des öffentlichen Interessenschutzes entschieden sei. Dem ist aber durchaus nicht so. Die Gemeinschaft schützt durch das Strafgesetz heute nicht nur Interessen und Rechtsgüter, die nur sie unmittelbar berühren, sondern sie gewährt ihren Schutz auch jedem berechtigten Privatinteresse ihrer Mitglieder, soweit der Schutz sich nicht unmittelbar gegen öffentliche Belange auswirken würde. Das gedeihliche Zusammenwirken der einzelnen Glieder des Volkes, die Entwicklung und Entfaltung der freien Persönlichkeit zur Arbeit für das Ganze, verlangt auch den Schutz der „Privatsphären". Solche hat aber der Einzelne sehr viele.

Für zahlreiche Menschen würde es ein erhebliches Hemmnis bedeuten, und sie würden sich in ihrer Tätigkeit sehr behindert fühlen, wenn ihre Mitmenschen die Verhältnisse, in denen sie leben, genau kennen würden [1]). Der Mensch hat eben das Bedürfnis, einen gewissen Kreis von ihn betreffenden — meistens durchaus nicht ehrenrührigen — Tatsachen gegenüber seiner Umwelt verborgen zu halten. Diese „Privatsphäre" möchte er auch vom Gesetz geschützt wissen. Zweck der Strafbestimmung des § 13 RAeO ist also auch die Anerkennung und damit der Schutz dieser Sphäre. Kann man aber heute noch vom Schutz eines privaten Rechtsguts — von Rechtsgütern überhaupt — reden?

2. Die heutige Berechtigung der Lehre vom Rechtsgut in der bisherigen Form ist in der Gegenwart vor allem von Dahm und Schaffstein erheblich in Zweifel gezogen worden [2]). Es soll der Gedanke der Pflichtverletzung in den Vordergrund gerückt und besonders betont werden. Schaffstein [3]) wirft der Lehre vom Rechtsgut eine naturrechtlich aufklärerische Auffassung des „Verbrechens als der Verletzung irgendeines subjektiven Rechts" vor. Dadurch werde eine Individualsphäre mit besonderen Rechtsgütern anerkannt [4]). Die Einheit des politischen Seins werde durch ein Trennungsdenken zerstört [5]). Die völkische Sittenordnung müsse im Vordergrund stehen. Das Verbrechen sei Ausdruck einer verwerflichen Gesinnung, eine Verletzung der Pflicht gegenüber der Gemeinschaft. Nicht mehr der Wert des Objekts, das durch das Verbrechen angegriffen wird, sondern die Schwere der Pflichtverletzung gegenüber der Gesamtheit sei entscheidend für die verschiedenen Abstufungen der Strafdrohungen [6]). Gallas hat diese Gedanken auf die kurze Form gebracht: „Pflicht" und „Gesinnung" stünden heute im Vordergrund, und nicht mehr „Rechtsgut" und „Interesse" [7]). Daran reiht sich ohne weiteres der Satz, daß nicht in erster Linie die objektive Tat mit ihren Folgen, sondern der Täter in seiner subjektiven Gesinnung durch die Strafe zu erfassen ist. —

1) Zschock aaO S. 23; K. Schäfer D Str. 1937 S. 198.
2) Vgl. Dahm und Schaffstein aaO.
3) Schaffstein D Str 1935 S. 99.
4) Schaffstein, Grundfragen S. 42.
5) Schaffstein D Str 1935 S. 101.
6) Schaffstein, Grundfragen S. 29.
7) Gallas, Gegenwartsfragen S. 51.

Die Angriffe gegen den bisherigen Rechtsgutsbegriff haben zahlreiche Verteidiger des alten Begriffes ins Feld gerufen [8]). Gegenwärtig scheint jedoch eine gewisse Klärung der gegenseitigen Standpunkte zu erfolgen. Dahm [9]) betont ausdrücklich, daß er kein Gegner des Rechtsgutsbegriffs schlechtweg sei, sondern nur das „Rechtsgutsdenken", die „einseitige Ueberbetonung" bekämpfe. Die Angriffe auf den Gedanken der Pflichtverletzung seien teilweise ein Einstoßen offener Türen, da sie eine Verneinung des Rechtsgutsbegriffs überhaupt auf seiten der sog. Kieler Schule voraussetzen würden. Es werde von dort ein Vorstoß gegen den Rechtsgutsbegriff überhaupt nicht unternommen. Ob tatsächlich den Gegnern der sog. Kieler Schule ein Mißverstehen der Lehre von der Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, erscheint zweifelhaft. Die ersten Angriffe gegen den Rechtsgutsbegriff ließen jedenfalls die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß dieser Begriff als solcher beseitigt werden sollte. Mit Recht weist auch Pestalozza [10]) an Hand verschiedener Ausführungen Schaffsteins darauf hin, daß Schaffstein eine gewisse Abschwächung der anfangs vertretenen Auffassung deutlich erkennen lasse.

Es handelt sich also heute bei dem Streit um den Rechtsgutsbegriff nur um die Frage, ob das Verbrechen durch diesen Begriff seinem Inhalt nach voll erfaßt wird, oder ob außer der Verletzung des Rechtsguts noch ein weiteres Moment — nämlich das der Pflichtverletzung — geprüft werden muß.

Dahm [11]) hat neuerdings zur Beseitigung von Mißverständnissen die zwei Auffassungen vom Rechtsgutsbegriff besonders herausgestellt und sie einer Würdigung unterzogen. Er unterscheidet einen inhaltlichen, substanzerfüllten oder materiellen Rechtsgutsbegriff von einem formellen oder methodischen. Der erste hat zum Inhalt den Schutz eines bestimmten Lebensgutes, eines bestimmten Objekts, während die zweite Auffassung einen weitergehenden Schutzzweck betont, nämlich die Verletzung des vom Gesetzgeber allgemein durch die Aufstellung von Strafrechtssätzen anerkannten Zwecks. Dahm kommt nach einer kritischen Betrachtung

8) Klee aaO; Schwinge-Zimmerl aaO; Mezger, Leitfaden aaO und ZStW 57 S. 698 ff.

9) Dahm ZStW 57 S. 235.

10) Pestalozza aaO S. 108.

11) Dahm ZStW 57, S. 230 (231).

dieser beiden Rechtsgutsbegriffe zu dem Ergebnis, daß der methodische Rechtsgutsbegriff „überflüssig und schädlich", der inhaltliche aber „nützlich und notwendig" sei, wenn er im eingeschränkten Sinne gebraucht werde.. Die Einschränkung soll darin bestehen, daß das Delikt nicht ausschließlich nach diesem Rechtsgutsbegriff bewertet werden dürfe.

Mezger [12]) hat sich gegen eine solche Betrachtung des Rechtsgutsbegriffs mit gewichtigen Gründen sehr deutlich ausgesprochen. Schon in seinem Lehrbuch [13]) wird gesagt, daß der Zweck des Gesetzes zuerst an der einzelnen gesetzlichen Bestimmung zu ermessen sei. Dann sei aber auch „der Zweck der Rechtsordnung als einem Ganzen und der immanente Zweck des Rechts selbst" zu berücksichtigen. Die von Dahm vorgenommene Trennung wird also nicht anerkannt.

Eine allgemeine Auseinandersetzung mit dem Problem: Rechtsguts- oder Pflichtverletzung würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten. Eine kurze Behandlung gerade im Zusammenhang mit der ärztlichen Schweigepflicht ist jedoch deshalb angebracht, weil das Gesetz in § 13 RAeO den Begriff „Rechtsgut" in seinen Sprachschatz in dem Augenblick aufnimmt, als die Wissenschaft beginnt, seine Berechtigung in Zweifel zu ziehen [14]). Auf diese Tatsache weisen ausdrücklich Schwinge-Zimmerl [15]) hin. Es sei daraus zu ersehen, so wird dort ausgeführt, daß der nationalsozialistische Gesetzgeber „unbeirrbar" an dem Begriff „Rechtsgut" festhalte. Ob diese Behauptung in solcher Form zutrifft, erscheint jedoch zweifelhaft. Denn § 13 RAeO stellt im wesentlichen eine Herausnahme der ärztlichen Schweigepflicht aus dem allgemeinen Tatbestand des Berufsgeheimnisses (§ 300 StGB) dar. Es ist nun bemerkenswert für die Frage des Rechtsgutsbegriffs, daß die amtliche Strafrechtskommission, die hier dem nationalsozialistischen Gesetzgeber gleichgestellt werden kann, da es sich nur um eine Frage der Auslegung handelt, in ihrer zweiten Lesung die Vorschriften des Berufsgeheimnisses ungefähr gleich-

12) Mezger ZStW 57, S. 698.

13) Mezger, Lehrbuch S. 81.

14) Vgl. Hinweis von Kohlrausch ZStW 56, S. 177.

15) Schwinge-Zimmerl aaO S. 61.

zeitig mit dem Erlaß der Reichsärzteordnung beraten hat und dabei nicht von einem überwiegenden Rechtsgut sprach, sondern sich dahingehend ausdrückte, daß der durch die Offenbarung entstehende Schade geringer sein müsse, als der bei der Nichtoffenbarung drohende[16]). Daß die Reichsärzteordnung absichtlich den Begriff des Rechtsguts in Abs. 3 des § 13 aufgenommen hat, um damit deutlich ein Festhalten an der bisherigen Lehre vom Rechtsgut zum Ausdruck zu bringen, dürfte kaum zutreffen. Eine solche Annahme müßte zumindest durch den Beweis gerechtfertigt werden, daß der Gesetzgeber oder die amtliche Strafrechtskommission sich mit dem Streit über das Rechtsgut auseinandergesetzt haben. Aus dem Bericht K. Schäfers[17]) ist aber in dieser Hinsicht nichts zu entnehmen. Selbst wenn man unterstellen will, daß die Kommission an dieser Stelle sich des Streites bewußt war, scheint die Form der Bestimmung de lege ferenda doch mehr für die Enthaltung von einer Stellungnahme sprechen zu wollen. Der Streit um diese Frage ist auch noch zu jung und noch zu wenig durch die Wissenschaft geklärt, als daß der Gesetzgeber sich schon zu einer Meinung bekennen könnte. — Auch § 13 Reichstierärzteordnung wird von Schwinge-Zimmerl[18]) für ihre Ansicht von der Beibehaltung des Rechtsgutsbegriffs angeführt, da diese Vorschrift auf dem „gleichen Grundgedanken beruhe", wie er in der Reichsärzteordnung in § 13 Abs. 3 enthalten sei. Die Vorschrift, daß, „wenn öffentliche Belange Bekanntgabe der Feststellungen erfordern, der Tierarzt an das Schweigegebot nicht gebunden ist", die hier offensichtlich gemeint ist, dürfte jedoch zu keiner der Meinungen Stellung nehmen. Das Gesetz gibt also keine Entscheidung des Meinungsstreites.

Der Streit um den Rechtsgutsbegriff ergibt im übrigen nach dem heutigen Stande der Meinungen, daß die Heraushebung der einzelnen Rechtsgüter, die durch die Strafbestimmung über die ärztliche Schweigepflicht geschützt werden sollen, auch heute nicht überflüssig oder gar abzulehnen ist. Die verschiedenen Mei-

16) K. Schäfer in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht aaO S. 439.

17) Ebd. S. 438 ff. (443). Auch in den Berichten über den Allgemeinen Teil findet sich darüber nichts. Vgl. Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil 2. Aufl. Berlin 1935.

18) Schwinge-Zimmerl aaO S. 16 Anm. 11.

nungen spielen nur insoweit eine Rolle, als neben der Frage nach dem Rechtsgut die Verletzung der Pflicht zu betonen ist. Was hierfür Hellmuth Meyer [19]) allgemein sagt, gilt insbesondere für den Rechtsgutsbegriff und seine Verwendbarkeit bei der ärztlichen Schweigepflicht. Der Begriff der Pflichtverletzung ist recht vieldeutig und wird nicht einheitlich verstanden. Er ist auch zu farblos und zu dehnbar, um gerade bei der ärztlichen Schweigepflicht im Einzelfalle eine befriedigende Entscheidung zu geben.

Die praktischen Beispiele, die Schaffstein [20]) zum Beweis der Brauchbarkeit der Pflichtverletzungslehre in der Praxis anführt, überzeugen nicht. Pestalozza [21]) dürfte gezeigt haben, daß für die praktische Anwendung der Lehre gerade in diesen Fällen erhebliche Bedenken bestehen.

Auch die hier folgenden Ausführungen über die ärztliche Schweigepflicht werden an zahlreichen Stellen zeigen, daß der bisherige Begriff des Rechtsguts, im Sinne eines objektiven Wertes, eines objektiven Gutes, den das Gesetz als schutzbedürftig anerkennt [22]), immer noch brauchbar ist. Die Praxis ist mit diesem bisherigen Begriff des Rechtsguts stets zu recht befriedigenden Ergebnissen gelangt, und dies ist auch heute noch möglich, wo wir die Betrachtung der Rechtsgüter vom Standpunkt der Gemeinschaft aus betonen.

Damit soll nicht jede Berücksichtigung der subjektiven Seite, der Pflichtwidrigkeit, verneint werden. Aber die Pflichtwidrigkeit als solche läßt sich erst feststellen an Hand der Rechtsgüter, die der Strafbestimmung zugrunde liegen [23]). Die Rechtsgüter selbst müssen daher bekannt sein.

Die Herausstellung der geschützten Rechtsgüter ist nach Schwinge-Zimmerl [24]) auch heute „grundlegend und unentbehrlich." Gerade bei der Schweigepflicht erscheint die Richtigkeit dieses Satzes besonders deutlich. Denn die Auslegung der Begriffe „sittliche Pflicht" und „nach gesundem Volksempfinden

19) Hellmuth Meyer aaO S. 95.
20) Schaffstein D Str 1937 S. 343.
21) Pestalozza aaO S. 109 ff.
22) Mezger, Lehrbuch S. 201.
23) Mezger, Leitfaden S. 45 und ZStW 57 S. 693 ff.
24) Schwinge-Zimmerl aaO S. 72.

berechtigter Zweck" und die Feststellung des überwiegenden Rechtsguts ist gar nicht möglich, wenn dem Richter die geschützten Rechtsgüter nicht vor Augen stehen. Eine Abwägung von Rechtsgütern, wie sie § 13 III RAeO verlangt, setzt doch die Kenntnis der sich äußerlich widerstreitenden Rechtsgüter voraus. Die Vorsprüche der Gesetze, die Präambeln und die amtlichen Erläuterungen, auf die in diesem Zusammenhang auch Schwinge-Zimmerl [25]) hinweisen, erleichtern die Aufgabe des Richters wohl, ersetzen aber die Aufzeigung der Rechtsgüter nicht. Der Richter bekommt durch die Bezeichnung der Rechtsgüter jedenfalls eine Norm, die ihm eine Auslegung sehr erleichtert [26]).

3. Welche Rechtsgüter schützt nun § 13 RAeO im einzelnen?

Die Auffassung von dem ausschließlichen Schutz eines privaten Rechtsguts durch die strafrechtlich geschützte Schweigepflicht unter Ablehnung der Anerkennung jeglichen Gemeinschaftsrechtsguts [27]), kann heute nicht mehr vertreten werden. Das dürfte sich ohne weiteres aus den bisherigen Ausführungen über das heutige Denken im Strafrecht und seine Wertbezogenheit ergeben.

Die Entstehungsgeschichte mag noch so sehr für eine solche Meinung sprechen [28]). Nachdem der Gesetzgeber die Bestimmung über die ärztliche Schweigepflicht aber aus dem Strafgesetzbuch herausgenommen und sie der Standesordnung einverleibt hat, ist diese Entwicklung abgebrochen worden. Dieses Argument kann daher nicht mehr angeführt werden.

Auch die Einreihung des Delikts unter die Antragsdelikte und die gegebene Dispensationsmöglichkeit sprechen heute nicht mehr für eine solche Meinung [29]). Die Ansicht [30]) ist wohl richtig, daß, wenn der Staat ein Interesse an der Bestrafung eines gewissen Delikts hat, er niemals die praktische Durchführung der Strafverfolgung einem einzelnen in die Hand geben kann, da er damit die Gewähr verliert, daß sein Interesse an der Strafverfolgung auch

25) Schwinge-Zimmerl aaO S. 75.
26) Aehnlich Deschl aaO S. 11.
27) Sauter aaO S. 26; Wolff aaO S. 23.
28) Wolff aaO S. 23.
29) A. A. Zschock aaO S. 20; Sauter aaO S. 26; neuerdings noch Becker aaO S. 211.
30) Zschock aaO S. 20; Becker aaO S. 211.

wirksam durchgesetzt wird. Aber daraus folgt noch nicht, daß alle Antragsdelikte nur Privatinteressen schützen. Denn die Antragsdelikte zerfallen in zwei Gruppen, deren erste diejenigen Delikte bilden, bei denen das öffentliche Interesse hinter dem Privatinteresse so sehr zurücktritt, daß ein Einschreiten von Amts wegen regelmäßig sich nicht rechtfertigen läßt. Dies sind die eigentlichen im Privatinteresse aufgestellten Antragsdelikte. Bei der zweiten Gruppe besteht zwar ein öffentliches Interesse an der Verfolgung. Der Verletzte kann aber durch die Verfolgung von Amts wegen und die nachfolgende öffentliche Erörterung einen größeren Schaden erleiden, als ihm durch die Begehung des Delikts schon entstanden ist[31]). Zu dieser letzteren Gruppe war schon § 300 StGB und ist heute § 13 RAeO zu zählen. Denn durch die Offizialverfolgung und nachfolgende öffentliche Erörterung des Delikts würden in vielen Fällen die Geheimnisse gerade erst recht und noch mehr offen gelegt. —

Der Ansicht von dem ausschließlichen Schutz des privaten Interesses ist vor allem Liebmann mit einer anderen extremen Meinung entgegengetreten[32]). Er hat als ausschließlichen Zweck der Strafnorm für die Verletzung des Berufsgeheimnisses den Schutz öffentlicher Interessen angesehen. Allerdings ist diese Ansicht nie herrschend geworden. Sie spiegelt sich besonders in folgendem Satze deutlich wieder[33]): „Der Arzt ist nicht für den einzelnen Krankheitsfall da, sondern zugleich für das körperliche Wohlbefinden der Gesamtheit. Die Förderung des letzteren ist der höhere Zweck der Kunst... Der Kranke soll geheilt werden, weil dies das Interesse der Gesellschaft erfordert.... Dem Bestreben des Kranken, gesund zu werden, das durch die Scheu vor der Mitteilung diskreter Dinge zurückgehalten wird, hilft sie im Interesse der Gesellschaft nach, indem sie diese Scheu für unbegründet erklärt, indem sie verspricht, daß Geheimnisse, sie mögen angehen, wen sie wollen, nicht offenbart werden". Diese Ausführungen können heute volle Anerkennung finden. Die Volksgesundheit leidet Schaden, wenn der einzelne im Krankheitsfalle den Arzt nicht aufsucht. Er wird dies nur tun, wenn dieser ihm

31) Allfeld aaO S. 317; Sauter aaO S. 28; Schuhmacher aaO S. 16.
32) Liebmann aaO S. 26—33; ebenso Böhme aaO S. 744.
33) Liebmann aaO S. 28.

versichert, seine Geheimnisse zu wahren, und wenn die Einhaltung dieser Versicherung auch durch eine strafrechtliche Sanktion geschützt wird. Zur Heilung ist die offene Darlegung des Zustandes durch den Patienten erforderlich; nur so kann der Arzt helfen, nur so kann der einzelne dem Ganzen erhalten werden.

Die Schweigepflicht schützt daher ein Rechtsgut der Gesamtheit, nämlich das Interesse der Gesamtheit an der Erhaltung ihrer Mitglieder. Freilich ist dies nicht der einzige Zweck des Schutzes, und insofern ist Liebmann nicht zu folgen, als er den Schutz öffentlicher Interessen als ausschließlichen Zweck des § 300 StGB (jetzt § 13 RAeO) bezeichnet.

Die Ausführungen Liebmanns bezeichnet Wolff[34]) als geschraubte Konstruktion. Ihr Grundgedanke bedeute einen schweren Uebergriff in die Rechtssphäre der Persönlichkeit, der nur in einem absoluten Staate zu verstehen sei. Wenn der Kranke nicht gesund werden wolle, so könne ihn daran kein Mensch hindern. Der letzte Satz muß durchaus gebilligt werden[35]). Die Anerkennung eines öffentlichen Rechtsguts bedeutet aber noch keinen Zwang, sich heilen zu lassen, sondern der Staat empfiehlt dem einzelnen die Heilung, weil sie auch in seinem Interesse liegt, was Wolff selbst zugibt[36]). Im übrigen spricht aus diesen Worten deutlich eine vergangene Auffassung von der Stellung der Einzelpersönlichkeit im Gesamtwesen. Die Schweigepflicht dient also nicht nur dem Schutze öffentlicher, sondern auch privater Interessen.

Schuhmacher[37]) kommt für den früheren Rechtszustand zu dem Schluß, daß außerdem noch ein drittes Rechtsgut geschützt werde, nämlich das standesethische und privatwirtschaftliche Interesse des Arztes an der gesetzlichen Anerkennung seiner Schweigepflicht als Ausfluß eines besonderen Berufes und Standes. Der Aerztestand habe zu allen Zeiten für das Zeugnisverweigerungsrecht und damit für die ärztliche Schweigepflicht gekämpft; es liege im Interesse des Standes, daß das ärztliche Berufsgeheimnis gewahrt werde. Dieser Auffassung ist für den heutigen

34) Wolff aaO S. 13.

35) Mit Ausnahme einiger Fälle, z. B. Operation zur Herstellung der Wehrtauglichkeit.

36) Wolff aaO S. 13.

37) Schuhmacher aaO S. 14.

§ 13 RAeO beizutreten und sie ist ihm zugrundezulegen. Hierbei darf vor allem auf die Reichsärzteordnung in ihrer Gesamtheit verwiesen werden, worin die Standesinteressen ausdrücklich als schutzwürdig und schutzbedürftig anerkannt werden.

Durch § 13 RAeO will daher der Staat außer seinen ausschließlich eigenen und den privaten, ihn aber auch indirekt berührenden Belangen des einzelnen, auch das Ansehen des ärztlichen Standes geschützt wissen. Diese Ansicht vertritt heute auch Schläger, wenn er ausführt: „Der gesetzliche Schutz gegen Verletzung dieser Berufspflicht liegt nicht allein im Interesse des Patienten, sondern auch im Interesse des Aerztestandes selbst und des neuen Staates, der für die Pflege der Volksgesundheit besonders auf die bestmöglichste Wirksamkeit der Arbeit des Arztes bedacht sein muß“ [38]). Die Ansicht Schuhmachers dürfte heute besonders zutreffen, da der Staat die Stände ausdrücklich anerkennt und durch sein Strafrecht ihr Ansehen und ihre berechtigten Interessen schützt. Es ergeben sich daher drei Rechtsgüter, die durch § 13 RAeO ihren gesetzlichen Schutz erfahren. Welches private Rechtsgut im einzelnen geschützt wird, sei weiter unten dargetan.

§ 3. Der Täterkreis.

1. Der bestallte Arzt.

Schweigepflichtig ist nach der Reichsärzteordnung in erster Linie der Arzt. Arzt ist nach § 2 RAeO, wer zur Ausübung des ärztlichen Berufes unter dieser Bezeichnung befugt ist. Diese Befugnis erteilt die zuständige Behörde durch die Bestallung. Die Voraussetzungen für die Bestallung sind in der Bestallungsordnung niedergelegt. Durch die Verordnung über die Aenderung der Prüfungsordnung für Aerzte vom 25. 3. 1936 (RMBl S. 75) wurde die bisherige Prüfungsordnung zur „Bestallungsordnung für Aerzte“ gemacht. Voraussetzung zur Bestallung ist die Ablegung der ärztlichen Prüfung und die Ableistung eines praktischen Jahres. §§ 3 und 4 RAeO nennen einige weitere Voraussetzungen (z. B. nationale und sittliche Zuverlässigkeit, bürgerliche Ehrenrechte usw.).

38) Schläger aaO S. 438; ebenso Hellwig DJ 1936 S. 372.

Die Reichsärzteordnung geht in § 13 bewußt ab von einer allgemein gehaltenen Fassung der schweigepflichtigen Medizinalpersonen, wie noch der Entwurf zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch von 1927 enthielt, indem er „approbierte Aerzte und andere staatlich geprüfte Medizinalpersonen" unter die Schweigepflicht fallen ließ [1]). Der sonstige Heilkundige fällt nicht unter das Berufsgeheimnis; denn er ist kein bestallter Arzt. Die Ausübung der Heilkunde ist auch solchen Personen gestattet, die nicht die staatliche Approbation besitzen. Sie haben jedoch nicht alle Befugnisse des bestallten Arztes.

Die Frage der Ausdehnung des Berufsgeheimnisses auf andere Heilpersonen ist schon des öfteren erwogen worden. Lehrreich ist in diesem Zusammenhang die Diskussion über diese Frage bei den Reichstagsverhandlungen über den Entwurf zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch von 1927 [2]). Der damalige Oberreichsanwalt i. R. Ebermayer setzte sich seinerzeit als Regierungsvertreter den Bestrebungen nach Ausdehnung der Schweigepflicht auf andere Heilpersonen, welche besonders von links gerichteten Kreisen gewünscht wurde, mit aller Schärfe entgegen. Er sah darin eine indirekte Anerkennung und Förderung der Tätigkeit des Kurpfuschers, da der Patient dadurch die Garantie des Schweigens erhalte.

Die amtliche Strafrechtskommission [3]) hat für den Verrat fremder Geheimnisse folgende Bestimmung aufgenommen: „Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, das ihm bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe oder des Apothekergewerbes ... anvertraut worden ..., wird bestraft". Trotzdem auch hier wieder alle Heilkundigen auftreten, besteht heute doch nicht mehr die von Ebermayer angeführte Gefahr der Förderung des Pfuschers. Denn es ist anzunehmen, daß der Staat bei dieser Regelung als Heilkundige nur solche Personen betrachtet, die einer Standesordnung unterworfen sind [4]). Damit schafft sich der Staat eine Aufsichtsmöglichkeit über diese Personen und

1) § 325 des Entwurfs von 1927.

2) Verhandlungen des Strafrechtsausschusses des Reichstags über den Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs Bd. II, 4. Wahlperiode 1928, 107. und folgende Sitzungen.

3) Vgl. K. Schäfer in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, S. 387.

4) Aehnlich Deschl aaO S. 31.

verhindert, daß unzuverlässige Personen ärztliche Tätigkeit ausüben [5]). Die nach § 1 RGewO bestehende unbeschränkte Kurierfreiheit ist durch die Reichsärzteordnung noch nicht berührt worden. Sie dürfte aber in Bälde aufgehoben werden [6]).

2. Medizinalpersonen außer dem bestallten Arzt (Hebamme, Wundarzt, Tierarzt, Zahnarzt, ausl. Arzt und jüd. Arzt) und ihre Schweigepflicht.

Vor Erlaß der Reichsärzteordnung war die Schweigepflicht des Arztes in keiner besonderen Standesordnung geregelt. Der Arzt war neben Apotheker, Anwalt, Hebamme und Notar als schweigepflichtige Person aufgezählt. Unter § 300 StGB fielen an ärztlichen Berufen im weiteren Sinne neben den approbierten Aerzten die Wundärzte, Hebammen und Apotheker. Ueber letztere siehe den besonderen Abschnitt.

Zu der Ausübung der Geburtshilfetätigkeit durch die Hebamme bedarf es nach § 30 GewO einer besonderen Erlaubnis, zu deren Erteilung ein Prüfungszeugnis vorausgesetzt wird. Unter die Reichsärzteordnung fällt die Hebamme nicht. Ihre Schweigepflicht ergibt sicht demnach noch aus § 300 StGB. Besondere rechtliche Probleme und Fragen bei der Schweigepflicht der Hebammen finden sich gegenüber dem Arzt nicht [7]).

Der Beruf des Wundarztes, den § 300 StGB noch aufzählt, ist heute ohne Bedeutung. Zur Zeit des Erlasses des Reichsstrafgesetzbuchs wurden zur Vornahme niederer ärztlicher Verrichtungen noch Wundärzte staatlich bestallt [8]). Heute kann selbständige ärztliche Tätigkeit in vollem Umfang nur noch der bestallte Arzt ausüben. Eine Bedeutung hat dieser Beruf demnach nicht mehr [9]).

Wenn wir den sog. Wundarzt ausscheiden, so läßt der Begriff „Arzt" doch noch manche Zweifelsfrage offen. Gilt z. B. auch

---

5) Die Standesorganisation der Heilpraktiker ist jetzt der „Heilpraktikerbund Deutschlands. Reichsverband e. V., Sitz München". Sein Organ heißt: „Der Heilpraktiker".

6) Schäfer DJ 1936 S. 372.

7) Ihr Recht zur Zeugnisverweigerung ist wie das des Apothekers geregelt und leidet daher an ähnlichen Mängeln (s. u.).

8) Wolff aaO S. 311; Schuhmacher aaO S. 26.

9) Kohlrausch § 300 Anm. 1; Mittermaier Mon.f.Krim. 1936 S. 153.

der Tierarzt und der Zahnarzt als Arzt im Sinne der Bestimmung über die Schweigepflicht? Aus dem Gesetz (§ 300 StGB) war dies bisher ausdrücklich nicht zu entnehmen und auch die Reichsärzteordnung spricht nur vom „Arzt".

Für den Tierarzt war man sich jedoch für die Zeit vor Erlaß der Reichstierärzteordnung einig, daß sich die Schweigepflicht des § 300 StGB nicht auf ihn erstreckt, weil die dort aufgezählten Berufe alle die Heilung menschlicher Gebrechen zum Gegenstand haben[10]). — Die Reichstierärzteordnung vom 3. 4. 1936 (RGBl I S. 374) sieht in § 13 eine Schweigepflicht vor, die allerdings entsprechend dem geringen Interesse an der Geheimhaltung sehr abgeschwächt ist. Denn einmal ist sie nur eine Vorschrift ohne Strafdrohung. Ihre Verletzung kann jedoch nach § 51 RTAeO eine ehrengerichtliche Bestrafung durch die Berufsgerichte nach sich ziehen. Auch versagt das Gesetz dem Tierazt ausdrücklich ein Zeugnisverweigerungsrecht. § 13 RTAeO lautet:

> „Der Tierarzt soll über Tatsachen, die ihm in Ausübung seines Berufes bekannt werden, Schweigen bewahren, soweit berechtigte Belange es erfordern.
>
> Erfordern öffentliche Belange die Bekanntgabe seiner Feststellungen, so ist der Tierarzt an das Schweigegebot nicht gebunden. Ein Zeugnisverweigerungsrecht vor Gericht besteht nicht".

Die Fälle, die unter diese Schweigepflicht fallen, dürften im allgemeinen mehr Tatsachen betreffen, die dem Tierarzt zugänglich geworden sind bei Betreten der Wohnungen und Ställe des Tierbesitzers; sie werden sich weniger oft auf die Tatsache und die Art der Erkrankung des Tieres beziehen. Der Zweck der Vorschrift des § 13 RTAeO zielt wohl vor allem darauf hin, eine Schwatzhaftigkeit zu unterbinden. Denn schon beim geringsten öffentlichen Interesse entfällt für den Tierarzt die Schweige-

---

10) H. L. z. B. Wolff aaO S. 28; Sauter aaO S. 80; Schuhmacher aaO S. 27; a. A. für das Zeugnisverweigerungsrecht in der Strafprozeßordnung (§ 52) vor Erlaß der RTAeO: Stenglein, StPO § 52, der aber lediglich ausführt, daß auch ein Tier als Patient sehr interessant sein könne, womit jedoch nichts für die Notwendigkeit der Schweigepflicht des Tierarztes gesagt ist. Für § 52 StPO verneinend vor Erlaß der RTAeO: Schwarz StPO § 52 Anm. 2 C b.

pflicht. Eine Erweiterung gegenüber der Reichsärzteordnung besteht insofern, als der Tierarzt nicht nur bezüglich der Geheimnisse schweigepflichtig ist, sondern bezüglich aller erfahrenen Tatsachen, wobei jedoch berechtigte Belange die Geheimhaltung erfordern müssen. Auch die nur bei Gelegenheit der Berufsausübung erlangte Kenntnis von Tatsachen fällt unter das Schweigegebot. Dies ergibt sich aus dem Worte „in Ausübung" im Gegensatz zu „bei Ausübung", wie es in der Reichsärzteordnung heißt [11]). Kollisionen sind vor allem bei Versicherungsfällen und damit zusammenhängenden Gutachten des Tierarztes über die Art der Erkrankung eines Tieres denkbar. Lägel [12]) tritt hier für eine unbeschränkte Offenbarungsbefugnis gegenüber der Versicherung ein, weil dies öffentliche Belange rechtfertigen würden. —

Bezüglich der Schweigepflicht der Zahnärzte gibt es etwa ebenso viele Schriftsteller, die sie bejahen wie solche, die sie verneinen [13]). Die Befürworter stützen ihre Ansicht fast durchweg auf die Bestimmungen der Gewerbeordnung und auf die beim Arzt ähnliche Regelung der Approbation. Viele bleiben eine Begründung auch schuldig [14]).

Obwohl die Schweigepflicht des Arztes nicht mehr aus § 300 StGB entnommen werden kann, weil § 85 RAeO diese Strafbestimmung für den Arzt ausdrücklich aufhebt, wird heute verschiedentlich die Meinung vertreten, für den Zahnarzt gelte § 300 StGB weiter [15]). Vorausgesetzt wird dabei natürlich, daß § 300 StGB vor Erlaß der RAeO für den Zahnarzt gegolten hat. Es muß daher zuerst auf die Begründetheit dieser Ansicht vor Erlaß der RAeO eingegangen werden.

---

11) Lägel aaO S. 467.

12) Lägel aaO S. 468.

13) Vor Erlaß der RAeO für § 300 StGB bejahend: Olshausen § 300 Nr. 5 II; Placzek aaO S. 11; Sandheim aaO S. 40; Hippe aaO S. 287; Spinner aaO S. 443; verneinend: Jellinek in Mon.f.Krim. 1906/07 S. 667; Frank § 300 IV; LpzKomm § 300 Anm. 2; Sauter aaO S. 80; Wolff aaO S. 28; Schuhmacher aaO S. 26.

14) Insbes. Olshausen aaO; Placzek aaO; Hippe aaO tritt für extensive Auslegung ein, ohne die dazu berechtigenden Gründe anzugeben.

15) Kohlrausch § 300 RAeO Anm. 2; Mittermaier Mon.f.Krim. 1936 S. 153, der § 13 RAeO nicht angewandt wissen will, die Frage, ob die Zahnärzte noch unter § 300 fallen, aber ausdrücklich offen läßt. Aehnlich auch Kallfelz aaO S. 1343. So auch Schwarz § 300 Anm. 7 zu § 13 RAeO.

Die Ausführungen, die früher gegen eine Unterstellung des Zahnarztes unter § 300 StGB gemacht wurden [16]), scheinen mir auch heute noch ihre volle Berechtigung zu haben. Daß der Zahnarzt ebenso wie der Arzt eine staatliche Approbation erhält, daß er eine staatlich geregelte Ausbildung zu deren Erlangung nachzuweisen hat, daß sein Titel unter besonderm Schutz steht wie der des Arztes (§ 29, 147 I, Ziff. 3 GewO), daß er wie der Arzt im Konkurs seiner Patienten sein Honorar bevorrechtigt geltend machen kann [17]), beweist doch alles nicht, daß er hinsichtlich der Schweigepflicht dem Arzt gleichsteht. Bei den Befürwortern des Berufsgeheimnisses für den Zahnarzt scheint vor allem der Wunsch der Vater des Gedankens zu sein, insofern als gewöhnlich von einem Bedürfnis nach Geheimhaltung in manchen Fällen (Geschlechtskrankheiten, die auch der Zahnarzt im Munde erkennt [18])) ohne weiteres auf die Anwendung der ärztlichen Schweigepflicht geschlossen wird. — Abzulehnen ist auch die Ansicht [19]), daß die spätere — nach Erlaß des Reichsstrafgesetzbuchs erfolgte Anerkennung der Zahnheilkunde als Teil der medizinischen Wissenschaft eine Tatsache gewesen sei, die ohne weiteres die Vertreter dieser Wissenschaft unter § 300 StGB eingereiht habe. Das wäre nur dann richtig, wenn § 300 StGB die Fassung hätte: „Aerzte und andere staatlich geprüfte Medizinalpersonen" wie sie der Entwurf 1927 enthielt [20]). Denn mit der staatlichen Approbation ist der Zahnarzt eine staatlich zugelassene und geprüfte Medizinalperson geworden.

Das Gesetz hat durch die Reichsärzteordnung offensichtlich alle diese Ansichten von der Gleichstellung des Zahnarztes mit dem Arzt hinsichtlich der Schweigepflicht abgelehnt. Denn es bezeichnet in der Reichsärzteordnung als Arzt nur den nach § 2 RAeO bestallten Arzt. Es schließt ausdrücklich die Anwendung der Reichsärzteordnung auf den Zahnarzt aus, wenn es in § 1

16) Sauter aaO S. 80; Wolff aaO S. 28.

17) Fischotter, Das Berufsgeheimnis des Zahnarztes nach § 300 des StGB, Med. Diss. Breslau 1935, S. 17.

18) Die Behauptung von Sauter aaO S. 81, daß der Zahnarzt auf Grund seiner Vorbildung solche Krankheiten nicht erkennen kann, kann für den heutigen Zahnarzt wohl kaum mehr gelten.

19) Walstab, Das Berufsgeheimnis des Zahnarztes, Med. Diss. Kiel 1935 S. 6.

20) Vgl. Schuhmacher aaO S. 110.

der 1. DVO zur Reichsärzteordnung vom 31. 3. 1936 (RGBl I S. 338) bestimmt, daß die Reichsärzteordnung nur für solche Zahnärzte gilt, die zugleich „als Aerzte" bestallt sind. Das Gesetz betrachtet demnach die Zahnärzte nicht als Aerzte [21]). Die Zahnärzte konnten nicht unter § 300 StGB gebracht werden und sie fallen daher auch heute nicht darunter. — Eine analoge Anwendung des § 13 RAeO auf Zahnärzte, wie sie teilweise vertreten wird [22]), widerstreitet demnach dem klaren Wortlaut eben genannter Durchführungsverordnung und ist daher nicht zulässig [23]). Wenn die Zahnärzte grundsätzlich nicht unter die Reichsärzteordnung fallen sollen, so sollen sie dies auch nicht bezüglich einer einzelnen Vorschrift derselben auf dem Wege über die Analogie. Die direkte oder analoge Anwendung des ärztlichen Schweigepflichttatbestandes von § 13 RAeO auf die Zahnärzte ist demnach nicht möglich [24]). Der Zahnarzt ist eben kein Arzt, und hinsichtlich der Schweigepflicht besteht bei diesem Beruf wohl ein gewisses Schutzbedürfnis, die Art und Weise der Regelung muß aber einer künftigen Standesordnung überlassen bleiben. Diese wird, wie dies die Reichstierärzteordnung und Reichsapothekerordnung für ihre Berufe getan haben, über den Umfang der zahnärztlichen Schweigepflicht und ihren gesetzlichen Schutz entscheiden [25]). Dabei wird aller Voraussicht nach die Reichsärzteordnung das Vorbild für die Regelung abgeben [26]).

Bezüglich der ausländischen Aerzte, d. h. derjenigen Aerzte, die im Ausland nach den dortigen Gesetzen zur Ausübung der Heilkunde zugelassen sind, hat die Reichsärzteordnung eine Klärung der Rechtslage gebracht. Die Heilkunde in Deutschland auszuüben ist nur der in Deutschland bestallte Arzt und zuge-

21) Diese klare gesetzl. Bestimmung will Deschl aaO S. 24 dadurch umgehen, daß er den Begriff „Arzt" in der RAeO und in § 300 StGB verschieden auslegt. Für uns gibt es jedoch nur einen „Arzt" und einen „Zahnarzt".

22) Klein aaO S. 19; ebenso Brinkmann, Die Schweigepflicht des Zahnarztes, Diss. Bonn 1936 S. 22.

23) So auch Becker in Med. Welt 1936 S. 210.

24) So auch Schwarz § 300 Anm. 7 zu § 13 RAeO.

25) Aehnlich Hellwig DMW 1936 S. 153, der mit einer ähnlichen Bestimmung in einer zukünftigen Reichszahnärzteordnung rechnet. Auch Syroth aaO S. 1470 und Bohne DMW 1936 S. 972.

26) Ebenso Weber, Die Reichstierärzteordnung v. 3. 4. 1936, in „Deutsches Aerzteblatt" 1936 S. 555.

lassene Heilpraktiker berufen. Da öfters aber das Bedürfnis besteht (besonders in Grenzbezirken), ausländische Aerzte im Deutschen Reich in gewissen Fällen die Heilkunde ausüben zu lassen, konnte schon früher ein im Ausland approbierter Arzt durch Genehmigung der Verwaltungsbehörde in Deutschland zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit zugelassen werden. Vor Erlaß der Reichsärzteordnung gab es die verschiedensten Meinungen über die Schweigepflicht dieses Arztes[27]). Heute haben die nach § 11 I RAeO durch den Reichsinnenminister zugelassenen ausländischen Aerzte nach § 11 III RAeO dieselben Rechte und Pflichten wie die deutschen Aerzte. Zu diesen Pflichten gehört aber vornehmlich die Schweigepflicht nach § 13 RAeO[28]). Die frühere Streitfrage ist damit gesetzlich entschieden.

Seit dem Erlaß der 4. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. 7. 1938 (RGBl I S. 969) nehmen die jüdischen Aerzte eine besondere Rechtsstellung ein. Ihre sämtlichen Bestallungen sind am 30. 9. 1938 nach § 1 dieser Verordnung erloschen. Jüdische Aerzte können also grundsätzlich die Heilkunde nicht mehr ausüben. Nach § 2 der Verordnung kann jedoch der Reichsminister des Innern jüdischen Aerzten „die Ausübung des Aerzteberufs" widerruflich gestatten. Die Heilbehandlung darf ein solcher Arzt jedoch nur an seiner Frau, seinen ehelichen Kindern und an Juden vornehmen. (§ 3 der VO.)

Die Juden, denen die Ausübung der Heilkunde mit der angegebenen Beschränkung gestattet ist, fallen nicht unter die RAeO. Die genannte Verordnung spricht dies nicht ausdrücklich aus. Es ergibt sich dies aber daraus, daß unter die RAeO nur der Arzt fällt, der nach § 2 RAeO bestallt ist. Nach § 1 der genannten Verordnung erlöschen aber diese bisherigen Bestallungen. Außerdem sagt § 4 ausdrücklich, daß eine Bestallung als Arzt einem Juden nicht erteilt werden kann.

Welche Bestimmungen der RAeO auf die Rechtsstellung der Juden, denen die Ausübung des Aerzteberufs gestattet ist, hier entsprechend angewandt werden können, sagt die Verordnung nicht. Lediglich in § 4 wird bestimmt, daß der Reichsminister

27) Näheres bei Schuhmacher aaO S. 27.
28) Neukamp aaO S. 77.

des Innern ermächtigt wird, die RAeO durch Bekanntmachung entsprechend abzuändern.

Es ist anzunehmen, daß durch gesetzliche Bestimmungen noch genau festgelegt wird, welche Vorschriften der RAeO entsprechend angewandt werden können. Sollten jedoch schon gegenwärtig solche widerrufliche Genehmigungen nach § 2 der Verordnung erteilt sein, so dürften keine Bedenken bestehen, die Strafvorschrift der RAeO über das Berufsgeheimnis in § 13 RAeO entsprechend auf diese Aerzte anzuwenden [29]). Denn man kann auch aus dieser Verordnung entnehmen, daß eine rechtliche Gleichstellung der jüdischen Aerzte, die den Aerzteberuf ausüben dürfen, mit den Heilpraktikern, für die eine gesetzliche Schweigepflicht nicht anerkannt wird, vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist. Die wissenschaftliche Ausbildung dieser jüdischen Aerzte, die dieselbe ist wie die der nach § 2 RAeO bestallten Aerzte, berechtigt sie zur unbeschränkten Ausübung des Aerzteberufs bei bestimmten Personen — nämlich Juden. Das von den jüdischen Patienten anvertraute Geheimnis verdient aber denselben gesetzlichen Schutz wie dasjenige deutscher Patienten. Der Rassegedanke, der die gesetzliche Scheidung in deutsche und jüdische Aerzte bedingt, spielt für das Berufsgeheimnis keine Rolle. Es dürfte durchaus in der Absicht des Gesetzgebers liegen, jüdische Patienten gerade diesen jüdischen Aerzten zuzuführen. Notwendige Folge und Voraussetzung ist es dann, das Vertrauensverhältnis zu diesen Aerzten auch gesetzlich zu schützen. Der Grundgedanke des § 13 RAeO trifft demnach zu. Daß das gesunde Volksempfinden Bestrafung verlangt, kann ohne weiteres bejaht werden.

Hellwig [30]) wendet auch die Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht im Zivil- und Strafprozeß entsprechend auf diese Aerzte an. Er betont dabei, daß dies keine unzulässige Erweiterung des Kreises der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen sei, und scheint damit den Einwand abweisen zu wollen, daß Verfahrensvorschriften nicht analog angewandt werden können. Ueber diesen Einwand kann man sich auch ohne weiteres hinwegsetzen. Denn wenn dem jüdischen Arzt die Schweigepflicht auferlegt

29) Ebenso Hellwig: Die Rechtsstellung der Juden, denen die Ausübung des Aerzteberufs gestattet ist. DJ 1938 S. 1525.

30) Hellwig aaO S. 1526.

wird, so muß ihm auch die Vorzugsstellung im Prozeß gewährt werden. Auch das trägt zu der vom Gesetzgeber gebilligten Herstellung eines Vertrauensverhältnisses zwischen jüdischem Arzt und jüdischem Patienten bei.

Aller Voraussicht nach dürften demnächst gesetzliche Bestimmungen die Frage der Schweigepflicht des jüdischen Arztes entscheiden. Die Lösung wird jedoch nicht wesentlich von der angedeuteten verschieden sein. —

Wendet man auf den jüdischen Arzt § 13 RAeO entsprechend an, so muß man folgerichtig auch seine Gehilfen und Erben für schweigepflichtig betrachten. —

3. Die Gehilfen des Arztes.

a) Viele Aerzte haben heute einen Gehilfen bei Ausübung ihrer Praxis. Solche Gehilfenpersonen sind aber oft anwesend, wenn der Patient dem Arzt seine Leidensgeschichte erzählt und ihm über die Ursachen seines Leidens Mitteilung macht, soweit er diese zu erkennen imstande ist. Dieser Gehilfe hat oft auch die Möglichkeit der Einsicht in die vom Arzt angefertigten Krankengeschichten, besonders wenn er noch beigezogen wird beim Ausstellen der Arztrechnungen. Der strafrechtliche Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses wäre meistens ohne praktische Bedeutung, wenn die ärztlichen Gehilfen nicht auch vom Schweigegebot umfaßt würden. Dieses Bedürfnis hat man auch bald anerkannt. Schon das preußische Strafgestzbuch von 1851 hat in § 155 die Gehilfen der Aerzte für schweigepflichtig erklärt [31]).

Wer ist nun Gehilfe des Arztes? Sicherlich ist es jede Person, die unmittelbar an den ärztlichen Hilfeleistungen teilnimmt, wie z. B. die Krankenschwester, die dem Arzt die Instrumente reicht. Wie ist es aber mit dem Schreibgehilfen, der die ärztlichen Aufzeichnungen etwa nur zum Zwecke der Ausstellung von Rechnungen zu Gesicht bekommt, der Empfangsdame, dem Dienstmädchen oder Hausdiener, die nur die Türe öffnen, und wie endlich mit Personen, die bei einem Unfallverletzten helfend eingreifen?

Die Abgrenzung des Begriffes des Gehilfen war stets streitig.

31) Von den ausländischen Staaten lassen seltsamerweise nur wenige den Gehilfen ausdrücklich unter die Strafbestimmung fallen. Vgl. die Zusammenstellung bei Spinner aaO S. 480.

§ 300 StGB enthält nur den Ausdruck „Gehilfen", und die Rechtsprechung hat darunter auch nur die berufsmäßig tätigen Gehilfen verstanden [32]). Die Entwürfe seit 1913 enthielten stets das Wort „berufsmäßige Gehilfen" und haben damit die gelegentlichen Gehilfen ausgeschlossen wissen wollen. Da die Reichsärzteordnung im wesentlichen die Bestimmungen des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 [33]) übernommen hat, so finden wir auch jetzt in der Reichsärzteordnung den Begriff des berufsmäßigen Gehilfen wieder. Damit sind die gelegentlichen Gehilfen eindeutig von der Schweigepflicht ausgeschlossen [34]), die früher mangels näherer gesetzlicher Bestimmung teilweise darunter gebracht wurden [35]). Den Grund für diese Begrenzung des Gehilfenkreises erfahren wir aus dem Bericht der amtlichen Strafrechtskommission [36]). Dort wird ausgeführt, daß die gelegentlichen Gehilfen sich nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet fühlten und damit das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit entfalle [37]). Diese Begründung findet man auch schon in dem Bericht über die Reichstagsverhandlungen (108. Sitzung) [38]), wo bei der Beratung der Strafvorschrift über das ärztliche Berufsgeheimnis die eben genannte Frage Gegenstand längerer Debatte war. Der damalige Oberreichsanwalt i. R. Ebermayer trat für die Beibehaltung der Vorlage, die das Wort „berufsmäßig" enthielt, auch in diesem Punkte ein, mit der oben angeführten Begründung.

Unter berufsmäßig tätigem Gehilfen versteht die Reichsärzteordnung also eine Person, die helfend an der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit teilnimmt und deren Tätigkeit selbst in ihren Berufskreis fällt. Ob ein Entgelt empfangen wird, spielt dabei

32) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 47.

33) Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen, Berlin 1927.

34) Kallfelz aaO S. 1343; Hellwig DJ 1936 S. 373; Schäfer DJ 1936 S. 375; Neukamp aaO S. 78.

35) Olshausen § 300 Nr. 6; Finger aaO S. 355; Schwarz § 300 Anm. 7, Ab; a. A. Friedersdorff aaO S. 19; LpzKomm § 300 Anm. 2; L. Schäfer-Lehmann aaO § 10 I Z. 5.

36) Schäfer in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. T. S. 440.

37) Bohne DMW 1936 S. 972.

38) Verhandlungen des Strafrechtsausschusses des Reichstags über den Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs Bd. II, 4. Wahlperiode 1928, 107. und folgende Sitzung.

keine Rolle. Das Dienstmädchen und der ebenfalls oben genannte Hausdiener nehmen nicht unmittelbar an der ärztlichen Tätigkeit teil, ebensowenig der Fahrer, der den Arzt zu einem Kranken bringt. Sie sind daher keine Gehilfen des Arztes im Sinne des § 13 RAeO. Jedoch fallen unter die Schweigepflicht sogenannte Sprechstundenhilfen, Empfangsdamen [39]), Röntgenschwestern und auch Krankenwärter [40]). Die Ehefrau des Arztes, die z. B. ab und zu bei der Anlegung eines Verbandes ihrem Manne behilflich ist, trifft keine Schweigepflicht, weil sie nur als gelegentliche Gehilfin tätig ist [41]).

b) Eine besondere Art von Gehilfen bilden die Studenten der Medizin. Begeben sie sich etwa während ihrer Universitätsferien zu einem praktischen Arzt, um schon so frühzeitig einen Einblick in ihren späteren Berufskreis tun zu können, dann unterliegen sie der Schweigepflicht, wenn sie Helferdienste — und seien es auch noch so geringfügige — leisten [42]). Sie sind dann berufsmäßige Gehilfen. Erst recht trifft dies zu, wenn Medizinstudenten vor Ablegung ihrer Staatsprüfung in den Kliniken praktizieren und nach bestandener Prüfung als sog. Medizinalpraktikanten tätig sind [43]). Für diese Personen hat die Reichsärzteordnung keine Aenderung gebracht.

α) Ausgedehnt wurde jedoch die Schweigepflicht durch die Reichsärzteordnung auf die Hörer der medizinischen Vorlesungen. Nach früherem Recht waren sie nicht schweigepflichtig, weil sie nicht teilnehmen an der Ausübung der Heilkunde; denn sie sehen lediglich den Vorführungen des Vortragenden zu [44]). Dieser

39) A. A. Deschl aaO S. 25. Unter einer Empfangsdame versteht man aber eine Person, deren berufsmäßige Tätigkeit das Empfangen der Patienten ist. Damit ist sie aber Gehilfin i. S. des Gesetzes. Anders ist es beim Dienstmädchen, das solche Dienste nur nebenbei leistet.

40) Jedoch bestr. vgl. RGSt 31 S. 246.

41) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 48; Schuhmacher aaO S. 29; a. A. Klein S. 21, der alle Angehörigen für schweigepflichtig erklärt. Wieso alle Angehörigen ohne weiteres berufsmäßige Gehilfen sein sollen, ist nicht einzusehen.

42) Frank § 300 IV.

43) Stut aaO S. 7.

44) H. L. Kallfelz aaO S. 1344; Sauter aaO S. 87; Finger aaO S. 355; Frank § 300 IV; LpzKomm § 300 Anm. 2: „Gehilfen sollen nur Studenten sein, die zur Hilfeleistung zugezogen werden". Für das frühere Recht a. A.

Rechtszustand war zweifellos unbefriedigend. Besonders bei Vorstellungen von Kranken der Nerven- und Hautklinik hat der Kranke ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung seiner Krankheitsgeschichte. Was nützt es ihn aber, wenn der vortragende Arzt schweigepflichtig ist, die oft recht große Zahl der Hörer aber ungestraft seine Krankheitsverhältnisse ausplaudern kann [45]). Die Schweigepflicht für Hörer wurde denn auch schon sehr bald gefordert [46]).

Der Entwurf von 1919 spricht nur von berufsmäßigen Gehilfen, die ohne besondere Befugnis ein Privatgeheimnis offenbaren, das ihnen kraft ihres Berufes oder ihrer Beschäftigung anvertraut oder zugänglich geworden ist. Aus diesem Wortlaut und aus der Begründung zum Entwurf 1919 [47]) ergibt sich nicht, daß die Hörer darunter fallen sollten. Erst der Entwurf von 1925 hat eine entsprechende Bestimmung aufgenommen, indem er bestimmte, daß auch Personen schweigepflichtig sind, „die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen" [48]). Die Reichstagsvorlage von 1930 übernahm diese Bestimmung und so kam sie in die Reichsärzteordnung. Auch der bloße Hörer nimmt an der Berufstätigkeit teil. Das Zuhören der Studenten ist eine Art notwendige Teilnahme bei den Demonstrationen. Ohne ein Auditorium sind diese nicht möglich.

β) Nach Neukamp [49]) sollen auch Studierende anderer Fakultäten unter das Schweigegebot fallen, wenn sie Vorlesungen mit Vorführungen von Kranken hören. Neukamp betont aber, daß die Vorlesung stets zur Vorbereitung auf den Beruf dienen müsse. Hierher sind auch zu zählen ausgebildete Juristen und Mediziner, die an Besichtigungen oder Fortbildungslehrgängen teilnehmen.

Placzek aaO S. 12, dessen Ausführungen anscheinend aber mehr als Forderung de lege ferenda gelten („so erfahren sie doch Privatgeheimnisse, die ihnen als anvertraut gelten sollten"). Ebenso ist Spinner aaO S. 444 zu deuten.

45) Bei kleinen Universitäten ist das Erkennen des Kranken durch einen Hörer der betreffenden Gegend leicht möglich und die Gefahr des Ausplauderns daher um so größer.

46) Finger aaO S. 356 Anm. 1 und dort angegebene Stellen; Ebermayer JW 1929 S. 2221.

47) Entwurf 1919 in „Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums", Berlin 1920 S. 297.

48) Ebermayer JW 1930 S. 1551.

49) Neukamp aaO S. 80.

Deschl[50]) rechnet auch Referendare hinzu, die an gerichtsmedizinischen oder kriminologischen Kursen teilnehmen. Soweit alle diese Personen an solchen Besichtigungen und Vorführungen teilnehmen, um sich für ihren Beruf vorzubilden, sind sie nach dem Wortlaut des Gesetzes schweigepflichtig[51]).

Personen jedoch, die aus bloßem Wissensdrang teilnehmen, fallen daher nicht unter die Schweigepflicht. Um zu verhindern, daß dadurch Unannehmlichkeiten für Patient und Klinik entstehen, machen die medizinischen Fakultäten die Zulassung zu Vorlesungen klinischer Semester grundsätzlich von der Zugehörigkeit zur medizinischen Fakultät abhängig. Ausnahmen im Interesse der beruflichen Weiterbildung werden zugelassen. Für bestimmte nichtmedizinische Berufe (besonders Juristen) werden heute allgemein an den Universitäten besondere Vorführungen und Vorlesungen abgehalten.

c) Die wichtigste Gruppe der Gehilfenpersonen des Arztes sind die berufsmäßigen Krankenpfleger und -pflegerinnen. Durch das Gesetz zur Ordnung der Krankenpflege vom 28. 9. 1938 (RGBl I S. 1309) hat die Ausübung der Krankenpflege eine einheitliche staatliche Regelung erfahren. Die erste Verordnung über die berufsmäßige Ausübung der Krankenpflege und die Errichtung von Krankenpflegeschulen (Krankenpflegeverordnung — KrPflVO) vom 28. 9. 1938 (RGBl I S. 1310) stellt die Ausbildungsordnung für den Krankenpflegeberuf dar. Sie enthält in § 19 eine Bestimmung über das Berufsgeheimnis der Krankenpflegepersonen, die hier im Wortlaut angeführt sei:

> „Eine Krankenschwester, die unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihr bei Ausübung ihres Berufes anvertraut oder sonst zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft.
>
> Der Krankenschwester stehen der Krankenpfleger und Per-

50) Deschl aaO S. 28.

51) A. A. Hellwig DMW 1936 S. 153 und Syroth aaO S. 1470, beide jedoch ohne nähere Begründung.

Das neue Schweizerische Strafgesetzbuch (1938) spricht in Art. 321 Ziff. 1 Abs. 2 nur von Studierenden: „Ebenso werden Studierende bestraft, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihrem Studium wahrnehmen." Damit sind anscheinend alle eingeschriebenen Studenten gemeint.

sonen gleich, die in der Vorbereitung auf den Krankenpflegeberuf stehen.

Eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor, wenn der Täter das Geheimnis zur Erfüllung einer Pflicht preisgibt oder wenn er dies zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck tut und die Offenbarung das angemessene Mittel zur Erreichung des Zwecks ist.

Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt."

Die neue Bestimmung ist in manchen Punkten recht aufschlußreich. Die Erben der Pflegepersonen werden nicht bestraft, wenn sie nach dem Tode der Pflegeperson offenbaren. Die Reichsärzteordnung hat ein Bedürfnis nach Bestrafung der Erben der Gehilfen nicht anerkannt. Die Reichsapothekerordnung tat dies jedoch. Es liegt hier also ein gewisser Rückschritt vor. — Für die zur Ausbildung tätigen Pflegerinnen und Pfleger hat die Krankenpflegeverordnung eine einfachere Bestimmung gebracht, indem sie nicht mehr von „Teilnahme an der berufsmäßigen Tätigkeit" spricht. — Die sittliche und die rechtliche Pflicht zur Offenbarung werden nicht mehr nebeneinander genannt; die Verordnung spricht nur von „der Erfüllung einer Pflicht". Die Einheit von Sitten- und Rechtsordnung kommt darin zum Ausdruck. Der Begriff des überwiegenden Rechtsguts ist verschwunden. Die Offenbarung muß jedoch ein „angemessenes Mittel" zur Erreichung des Zwecks sein; d. h. die Güterabwägung steht im Vordergrund. Der Maßstab, der an die Offenbarungsbefugnis gestellt wird, ist aber abgeschwächt gegenüber der Reichsärzteordnung und der Reichsapothekerordnung. Denn das andere Rechtsgut braucht nicht mehr zu überwiegen. Es genügt, wenn es mit dem gegenüberstehenden auf gleicher Stufe steht.

4. Nichtärzte als Täter.

Außer den Medizinstudierenden ist die Schweigepflicht auch auf die Erben des Arztes ausgedehnt worden. Nach dem Tode des Arztes soll der Patient nicht schutzlos sein[52]. Der Erbe, der

52) Gefordert wurde eine derartige Bestimmung schon vom Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs von Kahl 1911 (§ 291 II); ebenso von Spinner aaO S. 518 und von Schuhmacher aaO S. 50.

Vermächtnisnehmer und jede weitere dritte Person, die eine dem Berufsgeheimnis unterliegende Tatsache veröffentlicht, die sie aus dem Nachlaß oder zu Lebzeiten des Arztes von diesem erfahren hat, ist jetzt auch strafbar. Ob die betreffende Person die Nachlaßpapiere zu Recht eingesehen hat, d. h. also über diese verfügungsberechtigt war oder nicht, ist gleichgültig. Wenn etwa aus dem Nachlaß einige Papiere gestohlen werden und hierbei Aufzeichnungen des Arztes über Patienten (vor allem Krankengeschichten) mitgenommen werden, so ist der Dieb ebenfalls nach § 13 RAeO zu bestrafen, wenn er aus diesen Papieren Geheimnisse veröffentlicht. Die Ansicht Schäfers [53]), daß Täter nur derjenige sein kann, der als Erbe oder Vermächtnisnehmer zur Verfügung über das Schriftstück berechtigt ist, läßt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht ohne weiteres begründen. Auch Bohne [54]) bezweifelt die Richtigkeit der Ansicht Schäfers und führt aus, daß es immerhin denkbar wäre, daß ein Dritter, um einem Patienten des verstorbenen Arztes Nachteile zuzufügen, sich ein Krankenjournal verschafft und dessen Inhalt veröffentlicht. Es sei hier nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diese Fälle nicht habe treffen wollen. Der Fall, daß derjenige, der das Geheimnis zu Lebzeiten des Arztes ohne dessen Willen auf unrechtmäßige Weise sich verschafft und offenbart, straflos bleibt, worauf Schäfer [55]) zur Erhärtung seiner obigen Ansicht hinweist, ergibt für seine Meinung nichts. Denn dies hat seinen Grund darin, daß zu seinen Lebzeiten der Arzt noch die Möglichkeit hat, die Schriftstücke gut zu verwahren und deshalb die unbefugte Einsichtnahme in die Papiere viel seltener möglich ist, wie nach seinem Tode, wo eine gewisse Schutzlosigkeit des Nachlasses bis zum Erbschaftsantritt eintritt [56]). Durch die neue Bestimmung soll dies berücksichtigt werden. Daß ein Nichtberechtigter straflos sein soll, hat daher wohl kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegen [57]).

Gedacht ist die Vorschrift vor allem wohl zur Einschränkung der Schwatzhaftigkeit der Witwe und Kinder, überhaupt der

53) Schäfer DJ 1936 S. 375; Spohr aaO S. 589; Klein aaO S. 27.
54) Bohne DMW 1936 S. 973.
55) Schäfer DJ 1936 S. 375.
56) Aehnlich Deschl. aaO S. 29.
57) Bohne DMW 1936 S. 973.

Erben des verstorbenen Arztes. Durch den Ausdruck „veröffentlichen" ist aber die einfache Offenbarung nicht mit Strafe bedroht. Mit Recht weist Schäfer [58]) hier auf eine gewisse Schlechterstellung des Patienten nach dem Tode des Arztes hin. Denn „veröffentlichen" erfordert mehr als „offenbaren" [59]). Trotzdem wirkt sich der Unterschied der beiden Ausdrücke praktisch nicht sehr aus, wenn man dem vom Reichsgericht ausgebildeten Begriff des „veröffentlichen" folgt.

Veröffentlichen ist so viel wie verbreiten, so viel wie öffentlich mitteilen [60]). Die Hochverratsbestimmungen enthalten diese Begriffe besonders zahlreich, und gerade an Hand dieser Bestimmungen war das Reichsgericht oft zu einer Begriffsbestimmung genötigt.

Vor kurzem hat sich der oberste Gerichtshof zu dem Begriff des „Verbreitens einer Schrift" im Zusammenhang mit § 85 StGB ausgesprochen [61]). Es wird dort gesagt, daß unter „verbreiten" nicht nur zu verstehen sei das Inverkehrbringen einer Schrift in der Absicht, sie einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen [62]), sondern, daß „verbreiten" auch vorliegt, wenn der Täter bei der Weitergabe wissen mußte, daß der andere die Schrift möglicherweise weitergibt. Die Grenze ist also sehr weit gezogen, und mit Recht sagt Rietzsch [63]), daß „der Begriff strafloser einmaliger Weitergabe hochverräterischer Schriften aufs äußerste eingeengt" sei.

Der Begriff des „Verbreitens", der dem des „Veröffentlichen" gleichsteht, kommt also dem des Offenbarens nahe, und es ist daher Kallfelz [64]) zuzustimmen, wenn er sagt, daß durch diese Begriffsauslegung die von Schäfer „gerügte Verschlechterung größtenteils wieder ausgeglichen werde".

Ein Grund für die verschiedenen Worte in Abs. 1 (offenbart) und Abs. 2 (veröffentlicht) ist nicht ersichtlich. Man könnte daran

58) Schäfer DJ 1936 S. 375.

59) Vgl. auch Hellwig DMW 1936 S. 154; ebenso Schwarz § 300 Anm. 7 A b cc: bloßes Offenbaren genügt nicht; Bohne DMW 1936 S. 973; Weimar aaO S. 267 betont ebenfalls das Wort „veröffentlicht".

60) Schäfer DJ 1936 S. 375.

61) RG in DJ 1935 S. 1192.

62) So RGSt 7, S. 113; 16, S. 245; 36, S. 330; 42, S. 209; 55, S. 275.

63) Rietzsch in Anm. zu dieser Entscheidung.

64) Kallfelz aaO S. 1344.

denken, daß die Erben eben nur bei Veröffentlichungen — also einer schwereren Form des Offenbarens — bestraft werden sollen und nicht schon bei jeder Mitteilung an Dritte; denn bei den Erben besteht auch nicht mehr das starke Vertrauensband zwischen Arzt und Patient. Wohl spricht dagegen einerseits, daß in der 2. Lesung zum Entwurf 1934 anstelle von „veröffentlicht" „offenbart" gesetzt wurde [65]), da man anscheinend diesen Mangel erkannt hatte. Außerdem enthält die Reichsapothekerordnung, deren Wortlaut über die Schweigepflicht mit dem der Reichsärzteordnung fast ganz übereinstimmt, das Wort „offenbart" an dieser Stelle [66]).

In diesem Zusammenhang spielt die Weitergabe der Krankengeschichten an den die Praxis übernehmenden Arzt durch die Erben eine wichtige Rolle. Sie ist eine Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses, wenn sie ohne Willen des Patienten geschieht. Denn es muß dem Kranken überlassen bleiben, auch dem Nachfolger seines früheren Vertrauensarztes sein Vertrauen zu schenken. Tut er dies, so liegt darin eine stillschweigende Einwilligung zur Bekanntgabe seiner bisherigen Krankengeschichte an den Nachfolger [67]). —

Schäfer [68]) weist auf einige Fälle hin, die unzweifelhaft auch unter das Gesetz fallen sollten, dem Wortlaut nach aber nicht darunter zu bringen sind. So fragt er, wie zu entscheiden sei, wenn der Arzt zwar nicht stirbt, aber geisteskrank wird, oder wenn er auswandert und sein Vermögen mit seinen Aufzeichnungen nicht mitnehmen kann. Bohne [69]) fügt die Fälle der Zurücknahme, das Ruhen und den Verzicht auf die Bestallung hinzu. Heute dürften solche Fälle mit Recht über § 2 StGB in analoger Anwendung des § 13 RAeO bestraft werden. Nach gesundem Volksempfinden verdienen sie ebenso Bestrafung wie im Falle des Todes des Arztes, und der Grundgedanke der Strafbestimmung greift auch Platz. Dieser geht nämlich dahin, daß im Falle des Ausschlusses der Verfolgbarkeit des Arztes der Dritte jetzt nicht ungestraft offenbaren, besser gesagt veröffentlichen, darf. Wenn auch wohl ein

65) Schäfer in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil S. 439.
66) S. unten S. 97.
67) So auch Neukamp aaO S. 77.
68) Schäfer DJ 1936 S. 375.
69) Bohne DMW 1936 S. 973.

Unterschied zwischen dem Fall des Todes einerseits und den Fällen der Auswanderung, der Geisteskrankheit und den von Bohne genannten Fällen andererseits insofern besteht, als im ersten Fall der Träger des Vermögens, dem auch die Aufzeichnungen gehören, stirbt und damit sein Vermögen in einer anderen Person Eigentum übergeht, während dies in den anderen Fällen nicht zutrifft, wo ein Verwalter bzw. Vormund eingesetzt wird, so ist doch der Grundgedanke beidesmal derselbe: die Verfügungsmacht und nicht das Eigentum steht im Vordergrund. Diese aber geht in allen Fällen auf eine dritte Person über. Sie soll daher schweigepflichtig sein. Der Vormund eines geisteskrank gewordenen Arztes ist also ebenso wie der Verwalter des Vermögens eines ausgewanderten Arztes der Geheimhaltungspflicht unterworfen. Die angeführten Fälle gehören in einer künftigen Neufassung des § 13 RAeO unter den gemeinsamen Begriff der eintretenden Straflosigkeit oder Nichtverfolgbarkeit zusammengefaßt.

Die Anregung von Neukamp [70]), auch die Erben der Gehilfen des Arztes unter das Schweigegebot fallen zu lassen, mit der Begründung, daß hierfür ein Bedürfnis bestehe, bleibe dahingestellt. Jedenfalls nach geltendem Recht ist eine Bestrafung analog § 13 II RAeO ausgeschlossen, da die Aufnahme des Wortes „nach Abs. 1" in § 13 II RAeO eine gewollte Beschränkung des Gesetzes ersichtlich macht und daher einer Analogie entgegensteht [71]). Anscheinend erkannte der Gesetzgeber im Jahre 1935 selbst für diesen Fall kein Bedürfnis nach Strafschutz an [72]).

---

70) Neukamp aaO S. 78.

71) Auch Mittermaier Mon.f.Krim. 1936 S. 153 bezweifelt eine Analogie für das geltende Recht.

72) Ueber die Aenderung in der Reichsapothekerordnung (§ 24) vgl. unten S. 97.

§ 4. Das anvertraute oder zugänglich gewordene fremde Geheimnis.

1. Der Begriff des fremden Geheimnisses.

Zum Begriff „Geheimnis" gehört zweierlei. Einmal darf eine Tatsache noch nicht offenkundig sein, und zweitens darf dem Geheimnisträger die Mitteilung dieser Tatsache an andere Dritte nicht vollkommen gleichgültig sein. Beide Merkmale müssen vorhanden sein [1]). Der Wille zur Geheimhaltung allein nützt nichts, wenn die Oeffentlichkeit, d. h. ein nicht mehr begrenzbarer Personenkreis schon davon weiß, wenn also die Tatsache offenkundig ist [2]).

Für die nähere Begriffsbestimmung des Geheimnisses haben sich drei Theorien im Laufe der Zeit herausgebildet. Die einen [3]) stellen auf das Interesse, die andern [4]) auf das Vertrauen und wieder andere [5]) auf den Willen des Patienten ab. Man unterscheidet daher eine Interessens-, Vertrauens- und Willenstheorie.

Die Vertrauenstheorie dürfte die älteste sein. Sie hat ihren Namen im Anschluß an das Wort „anvertraut" im Gesetz erhalten. Danach ist „das Geheimnis nicht nur dann anvertraut, wenn der Mitteilung das ausdrückliche Verbot der Offenbarung hinzugefügt wurde, sondern auch dann, wenn sie unter der stillschweigenden, aus dem Inhalt der Mitteilung sich ergebenden, Voraussetzung der Bewahrung des Geheimnisses erfolgte" [6]). Diese Theorie wird heute nicht mehr vertreten. Die Vertrauensgrundlage ist auch zu unbestimmt und daher nicht brauchbar zur Begriffsbestimmung des Geheimnisses.

Im Vordergrund des Meinungsstreites stehen heute die Interessen- und die Willenstheorie.

1) Wolff aaO S. 49; Schuhmacher aaO S. 32; Seréxhe aaO S. 58 u. a. m.

2) RGSt 38, S. 65.

3) Frank § 300 I, 4; Seréxhe aaO S. 59; LpzKomm § 300 Nr. 3; Placzek aaO S. 16; Wolff aaO S. 47; Allfeld aaO S. 521; RGSt 26, S. 8; 50, S. 357. (Das RG hat jedoch auch Anklänge an die Vertrauenstheorie, vgl. RGZ 54, S. 3.)

4) Hälschner aaO S. 217; Binding Handbuch 1 S. 626; Finger aaO S. 370; Olshausen aaO § 300.

5) Schuhmacher aaO S. 32; Mittermaier „Gutachten" aaO S. 202; Sauter aaO S. 226; Jellinek aaO S. 658; Groß aaO S. 243.

6) Hälschner aaO S. 217.

Nach der Willenstheorie entscheidet stets der Wille des Patienten, ob etwas geheim gehalten werden soll oder nicht. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, daß der Umfang der inneren Sphäre des Menschen, die er vor seinen Mitmenschen abschließt, individuell verschieden und von seinem Willen abhängig ist. Dieser Wille mache eine Tatsache zum Geheimnis. Er werde vom Gesetz geachtet und sei auch dann vom Arzt anzuerkennen, wenn kein Interesse an der Geheimhaltung ersichtlich sei [7]).

Die Interessentheorie stellt in den Vordergrund das Interesse des Patienten, das dieser an der Geheimhaltung der Tatsache hat. Der praktische Unterschied zur Willenstheorie zeigt sich vor allem im Falle der ausdrücklich dem Arzt erteilten Schweigeauflage. Stellt man den Willen in den Vordergrund, so muß der Arzt in diesem Falle unter allen Umständen schweigen, mag er auch ein Interesse des Patienten an der Geheimhaltung nicht erkennen [8]). Die Gegner der Willenstheorie haben hier eingewandt, daß es nicht Aufgabe des Gesetzes sei, reine Launen und Prüderien zu schützen [9]). Ob der Vorwurf in dieser Form berechtigt ist, erscheint zweifelhaft, da hinter solchen Schweigeauflagen manchmal sehr wohl ein berechtigtes Interesse stehen kann, das dem Arzt aber nicht erkennbar ist.

Die Willenstheorie hat in neuerer Zeit mehrere Vertreter gewonnen [10]). Sie hat auch den Vorzug, daß der Umfang des Geheimnisses leichter feststellbar ist. Das allein gibt ihr aber noch nicht ein Recht auf Anerkennung.

Das Gesetz hat sich neuerdings sehr deutlich zu der Interessenstheorie — also zu dem objektiven Geheimnisbegriff — bekannt.

Ein Hinweis in dieser Richtung liegt in § 13 der Reichstierärzteordnung, wo es heißt, daß der Tierarzt Schweigen bewahren soll über Tatsachen, die ihm in Ausübung seines Berufes bekannt werden, soweit berechtigte Belange es erfordern. Ein Interesse an der Geheimhaltung ist also erforderlich.

Eine klare Stellungnahme des Gesetzes zu der Interessenstheo-

7) Allfeld aaO S. 1344; Sauter aaO S. 150; Groß aaO S. 243.
8) Gransee aaO S. 62; Sauter aaO S. 148; Olshausen § 300 Anm. 2.
9) Kirchgeorg aaO S. 13; ähnlich Deschl aaO S. 43.
10) Vgl. die oben angeführten.

rie ergibt sich aber vor allem aus dem neu gefaßten § 88 StGB, der eine Begriffsbestimmung des Staatsgeheimnisses aufstellt [11]). Danach sind Staatsgeheimnisse „Schriften, Zeichnungen, andere Gegenstände, Tatsachen oder Nachrichten darüber, deren Geheimhaltung vor einer ausländischen Regierung für das Wohl des Reiches, insbesondere im Interesse der Landesverteidigung, erforderlich ist".

Ein Interesse des Staates an der Geheimhaltung wird damit eindeutig in den Vordergrund gestellt. Kohlrausch [12]) betont daher mit Recht, daß die Anordnung der Geheimhaltung seitens des Staates wohl ein wichtiges Indiz für die objektive Erforderlichkeit der Geheimhaltung sein kann, daß sie aber allein eine Tatsache nicht zum Geheimnis machen kann So wenig demnach beim Staatsgeheimnis der Staat allein bestimmen kann, was ein Geheimnis ist, so wenig kann es der einzelne beim Privatgeheimnis. Für das Berufsgeheimnis ergibt sich aus diesem Geheimnisbegriff eine gewisse Abkehr vom unumschränkten Schutz des einzelnen in seiner „Privatsphäre".

Abschließend kann daher gesagt werden, daß der Arzt alle diejenigen Tatsachen geheim zu halten hat, die er bei Ausübung der Heilkunde erfahren hat und an deren Geheimhaltung für den Patienten ein erkennbares, objektiv berechtigtes Interesse besteht.

Wie verhält es sich nun mit einem Gerücht? Das Reichsgericht [13]) läßt ein Gerücht, solange es noch ein solches ist, nicht als offenkundige Tatsache gelten, auch dann nicht, wenn noch so viele „es bestimmt wissen" [14]). Der Arzt hat sein Berufsgeheimnis demnach schon verletzt, wenn er auf die Frage eines Dritten, ob das Gerücht z. B. über die geschlechtliche Erkrankung des X wahr sei, lächelt. Denn aus diesem Verhalten entnimmt der andere gewöhnlich die Tatsache der Geschlechtskrankheit.

Wie die Frage der Offenkundigkeit zu entscheiden ist, wenn schon einige Mitwisser vorhanden sind, ist bestritten. Nach

11) Kohlrausch § 300 Anm. 4, weist auch auf § 17 UWG hin, wo ebenfalls der objektive Geheimnisbegriff niedergelegt ist.

12) Kohlrausch ebd.

13) RGSt 26, S. 5 ff.

14) Sauter aaO S. 113; Olshausen § 300 Anm. 2; v. Liszt aaO S. 590.

Meinung einiger [15]) soll entscheidend sein die individuelle Bestimmbarkeit der Mitwisser. Andere [16]) legen entscheidenden Wert darauf, ob die Mitwisser selbst wieder zum Schweigen verpflichtet sind oder nicht. Als Beispiel wird hier gewöhnlich angeführt der Fall, daß der Arzt seinem Anwalt im Zusammenhang mit einer Klage gegen einen Patienten Geheimnisse mitteilt. Auch in diesem Falle liegt eine Offenbarung vor. Das Landgericht Hamburg [17]) vertrat in einem solchen Falle, in dem der Arzt dem Anwalt Tatsachen, die geheim zu halten waren, mitteilte zum Zwecke der Honorarklage, den Standpunkt, daß überhaupt kein Geheimnis vorliege [18]). Diese Meinung ist wohl deshalb verfehlt, weil die Tatsache der Schweigepflicht der anderen Person, z. B. des Anwalts, niemals die Offenkundigkeit berühren kann; denn wenn auch schweigepflichtige Personen weniger häufig ausplaudern werden als nicht schweigepflichtige, so besteht doch jederzeit die Möglichkeit der Offenbarung.

Verboten ist die unbefugte Offenbarung eines fremden Geheimnisses. Bisher gebrauchten das Gesetz und alle Entwürfe das Wort „Privatgeheimnis". Manche Autoren [19]) haben aus diesem Wort geschlossen, das Gesetz wolle lediglich ein Privatrechtsgut schützen. Dies mag wohl für § 300 StGB zugetroffen haben. Durch das Wort „fremdes Geheimnis" soll jetzt zum Ausdruck gebracht werden, daß es auch einmal andere als gerade private Interessen sein können, die die Geheimhaltung erfordern [20]). Eine wesentliche Aenderung gegenüber dem früheren Rechtszustand bedeutet dies aber nicht.

2. Anvertraut oder zugänglich geworden.

Welche Tatsache dem Arzt anvertraut ist und daher ein Geheimnis bildet, haben wir dargelegt. Zu dem Begriff „anvertraut" hat die Reichsärzteordnung noch den Begriff „zugänglich geworden" hinzugesetzt. Auch in diesem Punkte hat die Reichsärzteordnung nur das im Gesetz zum Ausdruck gebracht, was

15) Sandheim aaO S. 17 u. a. m.
16) Jellinek aaO S. 664; Mittermaier ZStW 21 S. 197 (201).
17) Angeführt bei Landsberg aaO S. 149.
18) So auch Olshausen § 300 Nr. 8. A. A. Mittermaier in ZStW 21, S. 201.
19) Z. B. Wolff aaO S. 46.
20) Kallfelz aaO S. 1344; Schäfer DJ 1936 S. 374.

schon nach bisheriger Rechtsprechung [21]) und Lehre [22]) anerkannt war. Denn auch schon bisher galt als anvertraut, „was die Vertrauensperson in Ausübung ihrer Berufstätigkeit lediglich wahrnimmt“ [23]).

Man hatte also schon früher eingesehen, daß der Schutz des Patienten wirkungslos wäre, wenn unter die Schweigepflicht nur diejenigen Tatsachen fallen würden, die der Patient dem Arzt mitteilt [24]). Denn die eigentlichen Geheimnisse des Patienten erfährt der Arzt sehr oft erst durch die Untersuchung und durch seine Diagnose, deren Ergebnis für den Patienten oft recht überraschend ist. Da er von diesen Tatsachen nichts wußte, so kann er auch hierüber dem Arzt nichts mitteilen. Unter die Schweigepflicht fällt daher wie schon bisher jede Tatsache, von der der Arzt bei Ausübung seines Berufes Kenntnis erlangt hat, und die für die Patienten ein Geheimnis darstellt. —

Im Zusammenhang mit der Frage des „Anvertrauens“ und des „Zugänglichwerdens“ steht die Geheimniswahrung von Aerzten, die der Kranke nicht aus eigenem freiem Entschluß aufgesucht hat. Es gehören hierher vor allem die Untersuchungen durch den gerichtlichen Sachverständigen, durch den Militärarzt, den Gefängnisarzt und besonders den Kassenarzt. Mit Ausnahme von der Untersuchung durch den Kassenarzt steht der Patient in allen Fällen in einem bestimmten Gewaltverhältnis zum Staat.

Eine Person, die nach § 81 a StPO einer körperlichen Untersuchung unterworfen ist, kann dem Arzt bereitwilligst Auskünfte geben, die für die Entscheidung der Strafsache von großer Wichtigkeit sein können. Ist hier nun stets eine Einwilligung in die Offenbarung des Sachverständigen dem Gericht gegenüber anzunehmen? Nach Schuhmacher [25]) erklärt der Patient sein Einverständnis mit der Weitergabe des Befundes in seinem ganzen Umfang an die Behörde durch die Duldung der Untersuchung. Bei

21) RGSt 26, S. 8; 38, S. 64.

22) Allfeld aaO S. 407; Ebermayer JW 1930 S. 1552; Frank § 300 II; Binding Lehrbuch S. 127; Kohlrausch § 300 Anm. 6.

23) Bohne DMW 1936 S. 972; Wolff aaO S. 53; v. Liszt aaO S. 589.

24) H. L. RGSt 26 S. 8; 13 S. 62 (sehr deutlich); RGZ 53 S. 168; Wolff aaO S. 53; Sauter aaO S. 180; v. Liszt aaO S. 589; Ebermayer MMW 1928 S. 1225 und JW 1929 S. 2221.

25) Schuhmacher aaO S. 73.

der körperlichen Untersuchung nach § 81 a StPO kann dies jedoch nicht anerkannt werden. Von einer Duldung kann dann nicht gesprochen werden, wenn der Betroffene gar keine Wahl hat, ob er die Untersuchung zulassen will oder nicht. Denn falls er sich widersetzt, wird Zwang angewandt. Die Tatsachen, die dem Arzt durch Besichtigung des Körpers zugänglich werden, bilden keine anvertrauten Geheimnisse. Denn mag der Patient auch ein Interesse an der Geheimhaltung haben, so fehlt es doch am freiwilligen Anvertrauen bzw. Zugänglichmachen. Dies ist aber Voraussetzung eines jeden Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient. Hier ist er zur unbeschränkten Aussage gegenüber dem Gericht berechtigt und als Sachverständiger verpflichtet[26]). Ein Einverständnis kann jedoch dann angenommen werden, wenn der Betroffene dem Arzt freiwillig Tatsachen mitteilt im Zusammenhang mit der Untersuchung. Denn wenn der Untersuchte Auskünfte gibt, so weiß er dabei, daß der Arzt solche in seinen Bericht aufnehmen wird. Nur hier kann also von einer wirksamen Einwilligung gesprochen werden.

3. Bei Ausübung seines Berufs.

Die Fassung „bei Ausübung seines Berufs" verhindert, daß den Arzt die Schweigepflicht trifft, wo er das Geheimnis gelegentlich oder durch eine dritte Person erfahren hat. Hier soll der Arzt einer Privatperson gleichgestellt sein, weil er auch in dieser Eigenschaft die Tatsache erfahren hat.

Schwierig wird die Rechtslage jedoch, wenn der Arzt anläßlich seines Besuches beim Patienten mit diesem in ein Gespräch über die Krankheit nicht berührende Dinge kommt. Sicherlich erfährt der Arzt eine Tatsache nur dann „in Ausübung des Berufs", wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Kenntnisnahme und der Ausübung der Heiltätigkeit vorhanden ist. Kallfelz[27]) weist jedoch darauf hin, daß der Patient oft dem Arzt gegenüber viel mitteilsamer ist als andern Personen gegenüber, gerade weil er weiß, daß diesem eine gewisse Schweigepflicht schon auferlegt ist. Außerdem ist erfahrungsgemäß ein Kranker

26) Dassel aaO S. 395.
27) Kallfelz aaO S. 1345.

stets mitteilsamer als ein Gesunder. Die Tatsachen, über die der Arzt Schweigen zu wahren hat, ergeben sich aus dem Interesse, das der Patient an ihrer Geheimhaltung hat. Meistens wird dem Arzt eine Entscheidung hierüber nicht schwer fallen. Der gewissenhafte Arzt wird sich daher tunlichst an den Grundsatz halten, daß mit Ueberschreiten der Schwelle des Hauses des Kranken das Gesehene und Gehörte von der Schweigepflicht umfaßt wird.

4. Der Geheimnisherr.

Wer ist nun derjenige, der dem Arzt ein Geheimnis anvertraut oder zugänglich macht? Bisher haben wir den Patienten als solchen ohne weiteres angesehen. Es gibt jedoch Fälle, in denen diese Frage berechtigt und vor allem wichtig ist zur Entscheidung über die Befugnis zur Befreiung von der Schweigepflicht und zur Stellung des Antrags auf Strafverfolgung.

Im Schrifttum hat sich im Laufe der Zeit für den Anvertrauenden der Begriff „Geheimnisherr" herausgebildet[28]). Bei der Entscheidung, wer im gegebenen Falle Geheimnisherr ist, treten uns wieder die drei bekannten Theorien entgegen. Die Vertrauenstheorie bezeichnet den Anvertrauenden, d. h. denjenigen, der dem Arzt die Kenntnisnahme ermöglicht, als Geheimnisherrn. Schwierigkeiten tauchen bei dieser Theorie aber vor allem dann auf, wenn der Anvertrauende, z. B. der den Arzt herbeiholende hilfsbereite Dritte zu dem Kranken selbst in einem recht lockeren oder in gar keinem Verhältnis steht. Gewöhnlich wird hier der Fall des den Arzt herbeirufenden Passanten angeführt[29]) und die zwangsweise Untersuchung durch eine Behörde bzw. einen von dieser beauftragten Arzt. Nach der Vertrauenstheorie ist der Träger des Geheimnisses der Passant bzw. die Behörde — ein recht seltsames Ergebnis, besonders wenn man noch die Folgen für die Einwilligung überblickt.

Das Reichsgericht, das sich grundsätzlich der Interessenstheorie anschließt[30]), hat diesen Mangel dadurch zu beseitigen versucht, daß es als Anvertrauenden in solchen Fällen nur denjenigen be-

28) Vgl. z. B. Schuhmacher aaO S. 40 ff.
29) Sauter aaO S. 121.
30) RGSt 26 S. 8.

zeichnet, der zugleich die Pflicht hat, auch in anderen Fällen als beim Vorliegen eines krankhaften Zustandes, für den Kranken zu sorgen. Dadurch soll der Vater oder Ehemann zum Anvertrauenden gemacht werden hinsichtlich der Geheimnisse, die das Kind bzw. die Ehefrau hat. Der genannte zufällig anwesende Passant wird dadurch als Anvertrauender ausgeschaltet. Um das kranke Kind oder die kranke Ehefrau aber nicht schutzlos dem Vater bzw. Ehemann gegenüber zu lassen hinsichtlich des Einwilligungsrechts, hat man diese Personen zu Mitanvertrauenden gemacht und man erreicht damit, daß vor allem bei der Einwilligung beide als Geheimnisherrn zustimmen müssen. Das Reichsgericht betont jedoch, daß stets ein Interesse an der Geheimhaltung auch für den Vater bzw. Ehemann vorhanden sein müsse. Der Passant, der den Arzt gerufen hat, ist daher schon „in Ermangelung jeglichen ihm beiwohnenden Interesses an der Geheimhaltung" nicht Anvertrauender [31]).

Entscheidend ist also auch hier stets das Interesse einer Person an der Geheimhaltung. Ob ein berechtigtes Interesse vorliegt, spielt für die Frage des Geheimnisses keine Rolle. So ist auch der Ehemann Geheimnisherr, wenn er etwa seine Ehefrau mißhandelt, dabei verletzt und dann — etwa um das Schlimmste zu verhüten — selbst den Arzt holt. Macht die Ehefrau diesen Vorgang als Scheidungsgrund geltend und benennt sie dabei den Arzt als Zeuge, so ist dieser nicht schon auf Grund der Befreiung von der Schweigepflicht allein durch die Frau zum Reden berechtigt. Auch der Ehemann muß um die Entbindung von der Schweigepflicht angegangen werden. Gerade in solchen Fällen wird er jedoch seine Einwilligung nicht erteilen. Hier dürfte oftmals eine sittliche Pflicht zum Reden bestehen [32]).

Geheimnisherr ist also diejenige Person, die dem Arzt ein Geheimnis anvertraut oder zugänglich macht und die ein objektiv berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der betreffenden Tatsachen hat.

---

31) RGSt 13 S. 60 (63).

32) Näheres s. unten. Ueber die gemeinsame Geheimnissphäre der Eheleute s. Spinner aaO S. 513.

§ 5. Die Offenbarung.

1. Die unbefugte Offenbarung.

a) Bestraft wird nach § 13 RAeO der Arzt, der ein Geheimnis unbefugt offenbart. Wann liegt eine solche Offenbarung vor? Offenbaren ist das Gegenteil von Geheimhalten. Offenbar ist eine Tatsache, wenn sie nicht mehr geheim ist. Geheim ist aber eine Tatsache solange, als lediglich eine Person oder ein eng begrenzter bestimmbarer Kreis von Personen davon Kenntnis hat. Offenbart wird also ein Geheimnis durch den Arzt, wenn er einer dritten Person das Geheimnis, das für diese neu ist[1]), mitteilt und dabei die Möglichkeit besteht, daß dieselbe die Tatsache weiterverbreitet.

Kennt ein Dritter schon eine Tatsache, die der Arzt als Geheimnis anvertraut erhalten hat, so kann ihm gegenüber nicht mehr offenbart werden[2]). Hierbei ist aber zu beachten, daß der Dritte oft nur ein Gerücht oder nur einen Teil der Tatsache erfahren hat. Kann er dann aus dem Verhalten des Arztes entnehmen, daß dieses Gerücht der Wahrheit entspricht, so hat er die Tatsache vom Arzt offenbart erhalten[3]). Der Arzt ist dann straffällig. Nach Sauter[4]) können sogar bereits offenkundige Tatsachen, die aber einem bestimmten Dritten noch nicht bekannt sind, noch offenbart werden[5]).

b) Die Arten der Offenbarung können recht verschieden sein. Außer dem positiven Tun, der mündlichen oder schriftlichen Mitteilung von Geheimnissen an Dritte, kommt die Begehung der Straftat durch Unterlassung in Betracht, die vor allem darin besteht, daß der Arzt Dritte Einsicht nehmen läßt in seine Aufzeichnungen[6]). Schwierig ist die Frage, inwieweit durch Schweigen der Arzt seine Geheimhaltungspflicht verletzen

1) Kern aaO S. 28.
2) Kern ebd.
3) RGSt 26 S. 7.
4) Sauter aaO S. 211 Anm. 2.
5) A. A. Ludwig aaO S. 35, Wolff aaO S. 55 und Zschock aaO S. 33, denen wohl zuzustimmen ist, da bei offenkundigen Tatsachen kein Bedürfnis besteht, den Arzt zum Schweigen zu verpflichten.
6) Seréxhe aaO S. 66.

kann. Wohl gilt grundsätzlich der Satz, daß durch Schweigen der Arzt seine Geheimnispflicht nicht mißachtet. Das Leben ergibt jedoch Fälle, wo gerade durch das Schweigen des Arztes auf eine Frage eines Dritten dieser auf eine bestimmte Tatsache schließen kann und auch schließt. Das Schweigen muß also so gestaltet sein, daß man ihm keine Offenbarung entnehmen kann [7]). Es wird auch heute wesentlich eine Frage des ärztlichen Taktes sein, möglichst zu verhindern, daß ein Dritter aus dem Schweigen gewisse Schlüsse zieht [8]).

Die Offenbarung durch positives Tun geschieht, wie gesagt, gewöhnlich durch schriftliche oder mündliche Mitteilung des Arztes. Eine schriftliche Offenbarung liegt auch in der Ausstellung von ärztlichen Zeugnissen, die nicht dem Patienten selbst ausgehändigt werden. Auch die Ausstellung eines Totenscheines, in dem die Todesursache bekundet wird, stellt eine Offenbarung dar. Inwieweit sie gerechtfertigt ist, bleibt eine andere Frage, die nicht in diesen Zusammenhang gehört.

Eine weitere bemerkenswerte Art der Offenbarung ist das Aufhängen von sog. Krankentafeln, die über dem Bett des Patienten in Kliniken sich finden und die Art der Krankheit, den Namen des Kranken und andere zusätzliche Angaben enthalten. In neuerer Zeit finden sie sich nicht mehr in allen Krankenanstalten. Besonders die Haut- und Frauenkliniken haben von einer solchen Uebung Abstand genommen. Hier riefen die Tafeln auch am ehesten Konflikte und Unannehmlichkeiten für Patient und Klinik hervor. Wo sie aber noch aufgehängt werden, sind und bleiben sie eine unbefugte Offenbarung. Auch die lateinischen Angaben der Diagnose ändern daran gewöhnlich nichts; denn dem medizinisch geschulten Besucher ist das Geheimnis dadurch ohne weiteres offenbar, und der Laie hat leicht die Möglichkeit, sich den betreffenden Ausdruck verdeutschen zu lassen [9]). Flügge [10]) unterstellt eine Einwilligung stets, wenn der Patient freiwillig das Krankenhaus aufsucht oder trotz Kenntnis vom Vorhandensein der Tafeln deren Entfernung nicht verlangt. Das dürfte zu

7) Schuhmacher aaO S. 62.
8) Sauter aaO S. 221.
9) Placzek aaO S. 211 führt einen solchen Fall an, der dies bestätigt.
10) Flügge aaO S. 1453.

weit gehen. Für die Frage, wie weit man hier eine Einwilligung unterstellen kann, gelten ähnliche Grundsätze wie bei den Vorführungen im Hörsaal. Bei diesen Vorführungen wird der Kranke zu Lehrzwecken zur Schau gestellt. Eine mündliche Mitteilung über die Art der Krankheit braucht nicht zu erfolgen. Um eine unbefugte Offenbarung zu vermeiden, haben diese Vorführungen so zu erfolgen, daß zumindest der Name des Patienten nicht genannt wird und auch aus den sonstigen Angaben dem Hörer- bzw. Leserkreis gegenüber auf die Person des Kranken nicht geschlossen werden kann [11]).

c) Der § 13 RAeO enthält wie alle seine Vorgänger das Wort „unbefugt". Um dieses Wort hat sich für § 300 StGB ein heftiger Streit erhoben. Nach Sauter [12]) soll dieses Wort das bestrittenste Merkmal des Tatbestandes sein. Trotzdem dieser Begriff schon sehr früh bekämpft und seine Beseitigung gefordert wurde, ist dieser doch in allen seitherigen Entwürfen immer wieder aufgetaucht [13]).

Eine Mindermeinung [14]) verstand unter „unbefugt" nur die Offenbarung ohne Erlaubnis des Berechtigten. Die herrschende Meinung [15]) vertrat dagegen die Ansicht, daß eine unbefugte Offenbarung dann vorliege, wenn sie geschehe, ohne daß der Offenbarende von der Rechtsordnung dazu für verpflichtet oder berechtigt erklärt wird. Mit letzterem meinte man außer der Erlaubnis und einer vorliegenden Rechtspflicht zum Reden die Fälle der sog. Pflichten- oder Interessenskollisionen, zu deren Lösung das Gesetz in gewissem Umfang eine Offenbarung gestattet.

In § 13 RAeO ist die bisherige Streitfrage zugunsten der seit-

11) Neukamp aaO S. 77 spricht von befugter Offenbarung, wenn der Patient bei solchen Demonstrationen nicht erkennbar ist. Eine Offenbarung liegt hier jedoch gar nicht vor, weil kein Geheimnis enthüllt wird, da die Bekanntgabe des Trägers des Geheimnisses notwendigerweise zum Begriff des Offenbarens gehört. Vgl. auch Kallfelz aaO S. 1345; Sauter aaO S. 278; Olshausen § 300 Anm. 9 i.

12) Sauter aaO S. 225.

13) Vgl. Entwurf 1913 („ohne besondere Befugnis"); ebenso Entwurf 1919 und 1925.

14) Binding, Lehrbuch aaO S. 128; Kohler in Ztschr. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten 2 S. 30.

15) V. Liszt aaO S. 590; Olshausen § 300 Anm. 9 u. a. m.

herigen herrschenden Lehre entschieden worden, insofern als eine Offenbarung auf Grund von Abs. 3 die Rechtswidrigkeit ausschließt. Jedoch enthält § 13 Abs. 3 RAeO keine abschließende Aufzählung der Unrechtsausschließungsgründe. Inwieweit andere Unrechtsausschließungsgründe noch daneben gelten, wird noch darzulegen sein.

2. Die befugte Offenbarung.

a) Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz enthielte wenig Probleme und wäre keine so schwierige Materie, wenn es als absolute durch keine Möglichkeit der Offenbarung durchbrochene Norm gälte. Eine solche Regelung kennen wir jedoch nicht. Sie wäre auch völlig unmöglich, was weiter unten noch zu zeigen sein wird. Der Schutz des Anvertrauten, das Vertrauen zum Arzt würde damit über alles gestellt, und demgegenüber hätten alle anderen entgegenstehenden Interessen zurückzutreten, seien es nun solche der Gesamtheit oder des einzelnen. Der einzelne, der Patient, stünde dann ganz im Vordergrund. Die Interessen des Staates, meist die der Volksgesundheit, fordern jedoch eine Offenbarung in verschiedenen Fällen. Der absolute Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses führt zu unerträglichen Ergebnissen und Folgen, die von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden dürfen, will sie dem sittlichen Gefühl des einzelnen nicht widersprechen. Die Art des Ausgleichs, die gesetzliche Lösung dieser Interessen, hat zu allen Zeiten im Mittelpunkt des Streites um das ärztliche Berufsgeheimnis gestanden.

b) Im Laufe der Zeit hat unsere deutsche Gesetzgebung dem Arzt gewisse Offenbarungspflichten auferlegt. Das Gesetz hat in diesen Fällen den Konflikt eindeutig entschieden zugunsten der Gesamtheit. Für eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter ist daher kein Raum mehr.

Im folgenden seien die wichtigsten gesetzlichen Anzeigepflichten kurz angeführt.

Schon sehr früh wurde die Anzeige von Verbrechen, die der Gesamtheit oder auch einem ihrer Mitglieder drohen, festgelegt[16]). Hier trat der Widerstreit der Interessen sehr deutlich zu-

16) ALR § 506 Teil II Titel 20.

tage. Heute ist diese Pflicht in § 139 StGB niedergelegt, wonach jedermann, sofern er glaubhafte Kenntnis von dem Vorhaben der dort aufgezählten Verbrechen [17]) hat, anzeigepflichtig ist. Das Militärstrafgesetzbuch [18]) hat diese Anzeigepflicht auf einige militärische Verbrechen ausgedehnt (§§ 60, 77, 104 MilStGB). Ebenso enthält das Sprengstoffgesetz von 1884 eine ähnliche Bestimmung. Eine Ausnahme für den Arzt hinsichtlich der bei Ausübung seines Berufes erlangten Geheimnisse macht § 139 StGB nicht. Schon aus dem Vergleich der Strafdrohung mit der des § 13 RAeO ergibt sich, daß auch der Arzt unter diese Pflicht fällt [19]).

Die Beschränkung der Anzeigepflicht auf die in § 139 StGB aufgezählten Verbrechen wird im zukünftigen Strafrecht fallen. Schon der Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 (§ 199) hat eine Anzeigepflicht für alle Verbrechen aufgestellt. Befreit wurde von dieser Pflicht nur der Geistliche. Den in § 300 StGB genannten Personen gewährte man in dieser Hinsicht kein Vorzugsrecht „wegen der großen Gefahren, welche die Unterlassung der Anzeige für die Allgemeinheit nach sich zieht“ [20]).

Diese Auffassung teilt die amtliche Strafrechtskommission nicht [21]). Wohl verpflichtet sie auch jeden Staatsbürger zur Anzeige, aber nur bei den mit dem Tode oder mit Zuchthaus bedrohten geplanten Verbrechen. Den Arzt befreit sie aber neben dem Rechtsanwalt, Verteidiger und den Angehörigen von dieser Pflicht, „wenn sie sich ernstlich bemüht haben, den Täter von der Tat abzuhalten oder den Erfolg abzuwenden und es sich nicht um eine mit dem Tode bedrohte Handlung handelt“ [22]).

Dem Prinzip der Wahrung des Geheimnisses kommt also das

17) Hoch- und Landesverrat, Münzverbrechen, Mord, Raub, Menschenraub und gemeingefährliche Verbrechen.

18) Vom 11. 1. 1926 (RGBl I, S. 275).

19) H. L. z. B. Frank § 300 III 2a; a. A. (jedoch veraltet) Bendix aaO S. 7.

20) Begründung zu § 199 in „Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen, Berlin 1927“ S. 102.

21) Vgl. Mezger in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil S. 336 ff.

22) Mezger aaO S. 338.

zukünftige Recht weit mehr entgegen als das zur Zeit noch geltende. Interessant ist dabei, daß im zukünftigen Strafrecht die Rechtspflicht zur Offenbarung eingeschränkt werden soll, während gerade kurz vorher der Gesetzgeber in der Reichsärzteordnung den Forderungen von Rechtsprechung und Wissenschaft nachgekommen ist, indem er einer sittlichen Pflicht zur Offenbarung weiten Raum gegeben hat und dadurch also zugibt, daß in vielen Fällen über diese Rechtspflicht hinaus noch weitere Fälle offenbarungsbedürftig, wenn auch nicht offenbarungspflichtig sind. Der Kreis der gesetzlichen Pflichten wird danach erheblich eingeengt; umsomehr werden dafür die gesetzlichen Offenbarungsrechte des Arztes erweitert.

Auch diese Stelle des künftigen Strafrechts spricht deutlich eine neue Auffassung des Gesetzes von dem Verhältnis und der Stellung des Arztes zur Rechtsordnung aus. Das Gesetz will sich auf einige wenige, besonders hervorstechende Fälle der Offenbarungspflicht beschränken, und nur hier eine Anzeigepflicht feststellen. Für andere Fälle überläßt es die Entscheidung der sich widerstreitenden Pflichten dem Arzt, in dem Bewußtsein, daß eine kasuistische Aufzählung der Offenbarungsrechte nicht möglich und auch nicht nötig ist, wenn man dem ärztlichen Beruf die nötige Achtung und das Vertrauen auf das Pflichtbewußtsein seines Trägers entgegenbringt. —

Im Interesse der genauen Kontrolle der Bevölkerung und zwecks ihrer statistischen Erfassung verlangt das Personenstandsgesetz vom 3. 11. 1937 (RGBl 1 S. 1146)[23] von bestimmten Personen besonders bei Geburts- und Todesfällen die Anzeige an das Standesamt. Zu diesen Personen gehört auch der Arzt. Da der Vater in erster Linie und dann die Hebamme anzeigepflichtig ist (§ 17 Z. 1 und 2 d. Ges.), so wird den Arzt diese Pflicht selten treffen.

Auch die Erhaltung der öffentlichen Gesundheit verlangt vom Arzt weitere Anzeigepflichten, die in Einzelgesetzen niedergelegt sind. So fordert das Impfgesetz vom 8. 4. 1874 (RGBl I S. 31) von einem Arzt, der ein impfpflichtiges Kind nicht als Amtsarzt impft, die Anzeige an die zuständige Behörde (§§ 8 II,

23) Die Bestimmung deckt sich mit derjenigen des bisherigen Personenstandsgesetzes von 1875.

15 d. Ges.). Ferner gehört hierher die Anzeigepflicht des Arztes bei bestimmten gemeingefährlichen Krankheiten (z. B. Aussatz, Pest, Pocken u. a. m.) nach §§ 2, 45 d. Ges. vom 30. 6. 1900 (RGBl I S. 306).

Eine große Rolle spielt das Berufsgeheimnis bei den Geschlechtskrankheiten. Auch hier besteht eine Anzeigepflicht nach § 9 des Geschlechtskrankheitengesetzes vom 18. 2. 1927 (RGBl I S. 61) der Gesundheitsbehörde gegenüber[24]). Das Gesetz beschränkt sich auch hier auf den notwendigsten Fall der Offenbarung. Es zwingt den Arzt nicht schlechthin zur Preisgabe des Geheimnisses des Kranken. Nur wenn der Patient sich der regelmäßigen Behandlung entzieht, trifft den Arzt eine Anzeigepflicht an die Gesundheitsbehörde. Der Kranke hat es also selbst in der Hand, daß sein Geheimnis nur dem behandelnden Arzt bekannt bleibt. Die Interessen der Allgemeinheit, der Schutz vor Ansteckung werden also gewahrt unter möglichster Schonung des Berufsgeheimnisses.

Schließlich gehört in diesem Zusammenhang noch das Erbkrankheits- und Ehegesundheitsgesetz angeführt. Nach dem Erbkrankheitsgesetz[25]) ist jeder Arzt, dem bei Ausübung seiner Heiltätigkeit eine Erbkrankheit (aufgezählt in § 1 II d. Ges.) bekannt wird, zur Anzeige an den Amtsarzt verpflichtet, der dann nach seinem Ermessen über die Einleitung eines Verfahrens auf Unfruchtbarmachung entscheidet. — Nach dem Ehegesundheitsgesetz[26]) hat der untersuchende Arzt der Gesundheitsbehörde vom Ergebnis jeder Untersuchung auf Ehetauglichkeit Mitteilung zu machen. Nach § 17 des Ehegesundheitsgesetzes finden auf das Verfahren in Ehegesundheitssachen die Vorschriften des Erbkrankheitsgesetzes entsprechende Anwendung. Demnach ist auch § 7 des Erbkrankheitsgesetzes anzuwenden. Danach können sich die Aerzte gegenüber dem Gesundheitsamt nicht auf das Berufsgeheimnis berufen und die Auskunft verweigern. Ge-

24) Ueber das Recht zur Anzeige einzelnen Dritten gegenüber vgl. weiter unten.

25) Art. 3 IV der VO zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 5. 12. 1933 (RGBl I S. 1021).

26) § 2 der 1. VO. zur Durchführung des Ehegesundheitsgesetzes vom 29. 11. 35 (RGBl I S. 1419).

rade bei Erforschung früherer Krankheiten ist das Gesundheitsamt oft auf die Aussagen von Aerzten angewiesen, die den Erbkranken oder Verlobten früher behandelt haben [27]).

Eine gesetzliche Pflicht zur Offenbarung besteht endlich auch im Falle der Aufforderung zur Leistung des Offenbarungseides an den Arzt. Nach § 807 ZPO ist er dann verpflichtet, das Verzeichnis seines Vermögens, wozu auch die noch ausstehenden Honorarforderungen gehören, „nach bestem Wissen" anzugeben. Die wissentliche Unterlassung der Angabe von Ausständen erfüllt den Tatbestand des Meineides. Danach besteht also eine gesetzliche Pflicht zur Angabe der Forderungen, deren Nichtbefolgung (Verweigerung des Offenbarungseides) bestraft wird. (§ 901 ZPO) [28]). Der Arzt erfüllt daher eine Rechtspflicht, wenn er die Außenstände angibt und nicht, wie Bohne [29]) anzunehmen scheint, eine sittliche Pflicht.

Ein Recht zur Verweigerung der Angaben unter Hinweis auf die Schweigepflicht will Foerster-Kann [30]) dem Arzt zugestehen. Aus dem Gesetz kann dies jedoch keinesfalls entnommen werden, und auch sonst entbehrt diese Ansicht einer Begründung; denn dann wären die Gläubiger des Arztes geschädigt, die hier doch mehr Schutz verdienen als der Patient, der in solchen Fällen gewöhnlich — wenn auch nicht immer — aus eigenem Verschulden die Bezahlung des Honorars verzögert hat. Schuhmacher [31]) weist auf die Schwierigkeit hin, die dadurch entstehen kann, daß bei einer von einem Gläubiger des Arztes nunmehr eingetriebenen Forderung, die vom Patienten bestritten wird, der Arzt evtl. die nötigen Unterlagen herausgeben und Auskünfte erteilen muß. Vor allem bei Spezialärzten für Geschlechtskrankheiten können dabei dem Patienten erhebliche Nachteile entstehen. Trotzdem muß auch in diesen Fällen die Offenbarungspflicht der Schweigepflicht vorgehen. Denn wenn man dem Arzt ein Offenbarungsrecht

27) Vgl. Gütt-Linden aaO S. 52 und die neuerdings erfolgte Verurteilung eines Arztes in diesem Zusammenhang, angeführt in „Deutsches Aerzteblatt" 1936 S. 956.

28) Schuhmacher aaO S. 95; Kallfelz aaO S. 1345.

29) Bohne DMW 1936 S. 974.

30) Angeführt bei Syroth aaO S. 1471; ebenso Schubart in DJZ 1914 S. 822.

31) Schuhmacher aaO S. 95.

bei Geltendmachung seines Honorars für sich selbst zugesteht, so muß man als notwendige Folgerung auch hier, wo der Gläubiger des Arztes diese Forderung geltend macht, die Offenlegung von Geheimnissen gestatten, soweit dies notwendig ist zur Durchsetzung des Anspruchs [32]).

Eine gewisse Offenbarungspflicht besteht auch gegenüber der Steuerbehörde, die die Aufzeichnungen des Arztes einsehen kann zum Zwecke der Nachprüfung der Richtigkeit der Steuererklärung des Arztes. Wohl gewährt die Reichsabgabenordnung (Fassung vom 22. 5. 1931 RGBl I S. 161) in § 177 I Z. 2 ein gewisses Auskunftsverweigerungsrecht, indem es dort heißt: „Die Auskunft können ferner verweigern: Aerzte über das, was ihnen bei Ausübung ihres Berufes anvertraut ist". Nach der Entscheidung des Reichsfinanzhofs vom 20. 1. 1928 [33]) betrifft dieses Recht jedoch nur die Tatsachen, die dem Arzt durch den Kranken anvertraut wurden. Gemeint ist damit der Fall, wo ein Patient dem Arzt beiläufig von seinen Steuerangelegenheiten erzählt hat. Die Aufzeichnungen des Arztes über den Krankheitszustand dagegen fallen nicht unter diese Vorschrift. Sie sind vorzulegen, wenn daraus eine Nachprüfung der Steuererklärung des Arztes entnommen werden kann. Mit Recht bemerkt das Urteil des Reichsfinanzhofs ausdrücklich, daß die Beamten nur bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Steuererklärung des Arztes und beim Fehlen sonstiger Nachprüfungsmöglichkeiten diese Angaben vorgelegt verlangen sollten. Eine Strafsanktion auf die Weigerung der Vorlegung dieser Aufzeichnungen gibt es nicht. Der Arzt muß dann gewärtig sein, daß das Finanzamt ihn nach freiem Ermessen veranlagt [34]).

c) Die gesetzlichen Offenbarungsrechte.

aa) Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe der Notwehr, des Notstandes und der Einwilligung wurden bei § 300 StGB bisher allgemein angewandt. Zunächst sei hier die Einwilligung

32) Vgl. zum Ganzen auch Gaupp-Stein-Jonas aaO § 807 III 2; Gumbiner DJZ 1914 S. 990; Schäfer-Lehmann aaO § 10, 1, 12.

33) Angeführt bei Kallenberger MMW 1936 S. 2048.

34) Vgl. auch zum Ganzen Schuhmacher aaO S. 94; Kallenberger MMW 1936 S. 2048.

behandelt. Ob die übrigen Rechtfertigungsgründe auch für § 13 RAeO noch Gültigkeit besitzen, sei an späterer Stelle dargetan.

Hat der einzelne kein Interesse an der Verheimlichung gewisser ihn betreffender Tatsachen, so kann eine Offenbarung niemals strafbar sein; denn bei aller Anerkennung öffentlicher Interessen an der Geheimhaltung kann doch kein schutzwürdiges Interesse anerkannt werden, wenn der Patient auf die Geheimhaltung verzichtet.

Gibt der Patient seine Einwilligung zur Offenbarung schlechthin, so bleibt der Arzt stets straflos, wenn er eine Tatsache an einen Dritten mitteilt. Dann ist die Einwillung aber nicht Rechtfertigungsgrund, sondern es fehlt schon am Tatbestand. Die Einwilligung vernichtet das Geheimnis als solches, da eine Tatsache ein Geheimnis eben nur so lange und insoweit ist, als das Interesse des Geheimnisherrn sich darauf richtet[35]). Trotzdem ist die Einwilligung in den meisten Fällen nur Rechtfertigungsgrund und ist daher systematisch bei den Offenbarungsbefugnissen zu behandeln[36]). Denn die Fälle, in denen der Patient seine Einwilligung zur Offenbarung schlechthin, d. h. an jedermann erteilt, werden recht selten sein. Einen solchen Fall nennt Spohr[37]) für den Apotheker: der Apotheker bittet seinen Kunden, verbreiten zu dürfen, daß ein bestimmtes Heilmittel den Patienten von einer bestimmten Krankheit befreit hat. In allen übrigen Fällen — und das sind die meisten — wird vom Patienten eine Offenbarungsbefugnis nur gegenüber bestimmten Personen erteilt werden; wie z. B. dem Gericht, der Krankenkasse oder dem Dienstherrn gegenüber. —

Selten wird der Patient dem Arzt ausdrücklich die Einwilligung zur Offenbarung geben. Die weitaus meisten Fälle beruhen auf stillschweigender Einwilligung. Hierher sind vor allem folgende Fälle zu zählen: Der Arzt wird vom Geheimnisherrn

35) Sauter aaO S. 118, 163, besonders deutlich S. 277; Hellwig DMW 1936 S. 153; Jellinek aaO S. 670.

36) Vgl. auch Deschl aaO S. 36, der aber zugleich behauptet, daß die überwiegende Zahl der Schriftsteller fälschlicherweise einen Unrechtsausschließungsgrund annehme. Dies rührt aber daher, daß viele Schriftsteller die totale Offenbarung gar nicht erwähnen, weil diese, wie auch Deschl zugibt, recht selten ist.

37) Spohr aaO S. 614.

als Zeuge benannt. Eine Aussage ohne Verletzung des Berufsgeheimnisses ist nicht möglich. Wenn also der Patient die Aussage will, so muß er auch die Offenbarung wollen [38]). Manche erkennen daher die bloße Benennung des Arztes als Zeuge als wirksame Befreiung von der Schweigepflicht an [39]). Die Praxis verlangt jedoch, um einer klaren Rechtslage willen, in diesem Falle stets eine ausdrückliche Befreiung von der Schweigepflicht.

Wer zum Arzt kommt als Kassenpatient, weiß, daß er nur einen Anspruch gegen die Kasse auf Bezahlung der Behandlung hat, wenn der Arzt der Kasse die Art der Krankheit mitteilt. Auch hier ist die Einwilligung zu unterstellen. Die Kassenangestellten selbst sind wieder nach § 141 RVO schweigepflichtig [40]).

Schwierig ist die Frage der Vorstellungen im Rahmen des Universitätsunterrichts zu beantworten. Die Ansicht Sauters [41]), daß der Kranke bzw. sein gesetzlicher Vertreter (besonders bei Geisteskranken) durch das Aufsuchen der Klinik seine Einwilligung zu Vorführungen im medizinischen Unterricht gebe, wenn er sich nicht gegen dieselben ausdrücklich wehre, ist bisher allgemein abgelehnt worden [42]). Manche Patienten wünschen eine solche Vorstellung nicht. Meistens sind sie sich aber im unklaren über ihr Weigerungsrecht und selbst, wenn sie ihre Befugnis genau kennen, enthalten sie sich gewöhnlich einer Geltendmachung derselben, weil sie davon eine schlechtere Behandlung befürchten [43]). Die Tatsache der Einlieferung in eine öffentliche Klinik gibt der Anstalt also keineswegs das Recht, hieraus eine stillschweigende Einwilligung zu entnehmen. Die Genehmigung muß entweder ausdrücklich erteilt sein, oder der Patient darf, nachdem ihm die bevorstehende Vorführung mitgeteilt wurde, keinen ausdrücklichen Widerspruch erheben. In der Praxis befolgt man auch diesen Grundsatz. Für das Aufhängen der Tafeln über dem Krankenbett unterstellt Flügge [44]) eine Einwilligung, wenn der Patient frei-

38) Sauter aaO S. 164 u. a. m.
39) Dassel aaO S. 395.
40) Kallfelz aaO S. 1346.
41) Sauter aaO S. 165.
42) Hoche aaO S. 119; Spinner aaO Anm. 762; Schuhmacher aaO S. 78; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 52.
43) Schuhmacher aaO S. 78.
44) Flügge aaO S. 1453.

willig das Krankenhaus aufsucht oder trotz Kenntnis vom Vorhandensein der Tafel ihre Entfernung nicht verlangt. Dies dürfte jedoch zu weit gehen.

Ein weiterer Fall in diesem Zusammenhang ist schließlich auch die Behandlung von Gesinde, das vom Arbeitgeber zum Arzt geschickt wird. Die Meinung, daß in dem Geschehenlassen der Behandlung vor dem Arbeitgeber und in dem Aufsuchen des vom Arbeitgeber benannten Arztes eine stillschweigende Einwilligung zur Offenbarung der Krankheit an diesen zu sehen sei, wird neuerdings nicht mehr vertreten[45]). Im übrigen liegt hier der Fall ebenso wie bei Minderjährigen. Ist der Arbeitgeber bei der Untersuchung anwesend, so darf der Arzt diesem die Krankheit nur dann nicht offenbaren, wenn es sich um eine sog. ehrenrührige handelt; z. B. wenn er Abtreibung, uneheliche Schwangerschaft oder eine Geschlechtskrankheit feststellt[46]). Denn bei diesen Krankheiten muß der Arzt grundsätzlich annehmen, daß der Patient ein erhebliches Interesse daran hat, daß der Arbeitgeber die Art der Krankheit nicht erfährt. Dieselben Grundsätze gelten bei der Behandlung der minderjährigen Tochter oder des minderjährigen Sohnes.

Als Fall stillschweigend erteilter Einwilligung gehört hierher auch die in anderem Zusammenhang schon erwähnte Weitergabe von Krankengeschichten seitens der Erben des verstorbenen Arztes an den die Behandlung des Patienten übernehmenden Arzt[47]).

Der Tod des Geheimnisherrn hat grundsätzlich keinen Einfluß auf die Schweigepflicht des Arztes[48]). Oft genug aber haben die Nachfahren ein Interesse an der Offenbarung, und in vielen Fällen widerspricht es auch offensichtlich nicht dem Willen des Verstorbenen, wenn der Arzt das Geheimnis lüftet. Darf der Arzt in solchen Fällen offenbaren?

Daß die Einwilligung ein höchstpersönliches und daher unvererbliches Recht ist, wird fast allgemein anerkannt[49]). Ab-

45) Vertreten von Landsberg aaO S. 148; a. A. die h. L. z. B. Schuhmacher aaO S. 75; Ebermayer, Der Arzt im Recht S. 50 u. a. m.

46) Schuhmacher aaO Anm. 296.

47) Neukamp aaO S. 77.

48) Wolff aaO S. 71; Schuhmacher aaO S. 47; Spinner aaO S. 445; Ebermayer, Der Arzt im Recht S. 45; Schäfer-Lehmann aaO zu § 10 I 6.

49) Die eben genannten Schriftsteller.

weichender Ansicht ist Gaupp-Stein-Jonas [50]), der behauptet, daß dieses Recht auf die Erben überginge. Erst in jüngster Zeit hat das Reichsgericht in einem Urteil vom 23. 10. 1936 [51]) diese Auffassung ausdrücklich verworfen trotz des sonderbaren Ergebnisses, daß dann der Arzt bei Offenbarung nach dem Tode des Patienten sich strafbar macht, ohne bestraft werden zu können, weil der Antragsberechtigte weggefallen ist. Es besteht dann ein Vertrauensverhältnis, dessen Verletzung nicht durch eine Strafsanktion geahndet wird. Einer berufsgerichtlichen Bestrafung stünde dagegen nichts im Wege.

Die Erwägungen K. Schäfers [52]), wonach der Rechtsgedanke des § 189 StGB (Verleumdung Verstorbener) hier heranzuziehen sei, bleiben für die Frage der Einwilligung außer Betracht. Schäfer will diesen Gedanken auch nur für den Strafantrag verwenden. Daß er für die Einwilligung nicht herangezogen werden kann, hat das Reichsgericht in dem eben erwähnten Urteil überzeugend abgelehnt, indem es ausführt [53]), „daß das Interesse des Verstorbenen grundsätzlich besser gewahrt ist, wenn der unparteiisch und gewissenhaft abwägende Arzt pflichtgemäß darüber entscheidet, ob er das ihm Anvertraute geheimhalten oder offenbaren will". Damit wird aber die Frage berührt, ob der Arzt offenbarungsberechtigt ist nach gesundem Volksempfinden, wenn er etwa in Erbschaftsprozessen — aber auch außerhalb solcher — offenbart. Diese Frage sei in anderem Zusammenhang behandelt. Festzustellen ist demnach, daß mit dem Tode des Patienten die Befugnis zur Erteilung der Einwilligung erloschen ist und daher den Arzt niemand zur Aussage zwingen kann. —

Eine Einwilligung zur Offenbarung zu rein wissenschaftlichen Zwecken an Berufsgenossen wird man nur in Ausnahmefällen annehmen können. Inwieweit eine solche auch ohne Einwilligung — lediglich auf Grund eines nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweckes — erfolgen kann, sei an anderer Stelle dargetan. Erfolgt die Offenbarung aber an Aerzte, die an der Behandlung mitwirken, so kann eine stillschweigende Einwilli-

50) Gaupp-Stein-Jonas § 385 ZPO Anm. II 1.
51) RG in D Str 1937 S. 55 = JW 1937 S. 629.
52) K. Schäfer in D Str 1937 S. 200.
53) RG in D Str. 1937 S. 56.

gung immer dann angenommen werden, wenn die Mitteilung zur Förderung der Heilung dient. Denn der Wille des Kranken auf Heilung oder zumindest Besserung, der durch die Aufnahme in das Krankenhaus oder durch das Aufsuchen des Arztes zum Ausdruck kommt, schließt ohne weiteres auch die Einwilligung zur Offenbarung an die Helfer des Arztes in sich, soweit dadurch der Zweck der Aufnahme und Behandlung, nämlich die Heilung, gefördert wird[54]). Im übrigen rechtfertigt sich die Offenbarung dadurch, daß der Gehilfe ebenfalls das Geheimnis zu wahren hat, wenn das allein auch die Offenbarung noch nicht zu einer befugten machen würde.

Die Erklärung der Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden. Es ist nicht einzusehen, daß durch eine einmal erteilte Genehmigung zur Aussage eine Bindung entstehen soll für die Zukunft[55]). Die gegenteilige Meinung[56]) hat keine Begründung ihres Standpunktes gegeben.

bb) Das Leben ist reich an Fällen, in denen der Arzt nach den eben genannten Bestimmungen nicht anzeigepflichtig ist, sein Gewissen und sein ethisches Pflichtgefühl ihn aber zu einer Offenbarung drängen. Eine Bestrafung wegen unbefugten Offenbarens widerspräche hier gröblich gesundem Empfinden von Recht und Sittlichkeit. Um dies zu verdeutlichen, seien die bekannten Schulbeispiele angeführt: Der mit einer ansteckenden Krankheit oder mit beginnender, aber noch nicht ausgebrochener Geisteskrankheit befallene Verlobte will trotz Abratens des Arztes demnächst die Ehe eingehen. Die Amme, der Säugling, das Dienstpersonal oder ein Familienmitglied leidet an ansteckender Krankheit und gefährdet dadurch die Umgebung.

Soll hier der Arzt zum Schweigen gegenüber den gefährdeten Personen durch sein Berufsgeheimnis verpflichtet werden? Muß er zusehen, wie z. B. im ersten Fall ein blühendes Menschenleben in kürzester Zeit durch eine gewissenlose Handlungsweise des Partners in Siechtum verfällt?[57]).

---

54) Aehnlich Schuhmacher aaO S. 77; Sauter aaO S. 160.

55) So OLG Hamburg Rspr. der OLG 19/110; vom Schrifttum bejahend: Landsberg aaO S. 149; v. Dassel aaO S. 395; Schuhmacher aaO S. 71.

56) RGZ 50 S. 353; OLG Darmstadt, DJZ 1902 S. 396.

57) Placzek aaO S. 101.

Noch 1903 hat der Züricher Arzt Muralt[58]) diese Fragen alle mit einem glatten Ja beantwortet. „Der Arzt, — heißt es dort — welcher einen Ehekandidaten wegen Syphilis oder beginnender Gehirnerweichung behandelt, darf nach § 300 weder auf Anfrage noch von sich aus die Eltern des dem sicheren Unglück in die Arme eilenden Mädchens warnen, er darf das nicht einmal tun, wenn das Mädchen seine eigene Schwester ist." Muralt entnimmt dem deutschen Recht das absolute Berufsgeheimnis. Auch dem Arzt, der wegen eines Kunstfehlers verleumdet und über den sogar in der Zeitung kreditschädigende Mitteilungen verbreitet werden, soll keine Gegenwehr in Form der direkten Offenbarung gestattet sein. Aber auch Muralt spürt in diesen Fällen deutlich das Auseinanderklaffen von Gesetz und Moral. Freilich gebe es neben der Rechtspflicht eine „moralische Pflicht" des Arztes, und es würde Fälle geben, wo der Arzt sich eher einer Verletzung des § 300 StGB schuldig mache, als daß er durch sein Schweigen das Glück einer ganzen Familie vernichte[59]).

Mit einer solchen Lösung und solchen Ergebnissen kann sich eine Rechtsordnung nicht zufrieden geben, wenn sie nicht den Arzt zum Märtyrer seiner Standes- und Berufsauffassung machen will[60]). Erkennt man solche Forderungen einer höheren Ordnung, so hat das Gesetz als geschriebene Rechtsordnung die Pflicht, diesen zu entsprechen.

Der hier gebrauchte Begriff Moral bedarf jedoch einer näheren Erläuterung. Sittlichkeit und Moral stehen als ungeschriebene Ordnungen dem Gesetz als der geschriebenen gegenüber. Die Abgrenzung der einzelnen Begriffe ist schon immer schwierig gewesen. Die Moral stellt ab auf eine innere Gesinnung, die wesentlich durch individuell verschiedene Maßstäbe bestimmt wird. Schon das zeigt, daß der Rechtsordnung als einer allgemeinen

58) Muralt aaO S. 163.

59) Muralt aaO S. 164.

60) Landsberg aaO S. 50 führt einen „Wiener Fall" an, der sich tatsächlich ereignet haben soll und in dem der Arzt wirklich zum Märtyrer seiner Schweigepflicht wurde: „Der an Syphilis leidende Patient eines Arztes verlobt sich mit der Tochter seines besten Freundes. Alle seine Bemühungen, die Verlobung rückgängig zu machen, sind vergeblich. Da greift der Arzt zum äußersten Mittel; er klärt den Freund über die Krankheit des Bräutigams auf und — nimmt Gift."

und überall gleich gültigen Ordnung die Verweisung auf die Moral unmöglich ist. Nur die Sittlichkeit als die Gesamtheit der Regeln, auf die eine Gemeinschaft gegründet ist, kann daher hier als die höhere Ordnung gemeint sein. Das Gesetz spricht auch selbst von einer sittlichen Pflicht. Diese sittliche Ordnung, die das Leben des Volkes beherrscht, auch in den Rechtssätzen zum Ausdruck zu bringen, ist höchste Aufgabe des Gesetzes.

Wie die sittliche Pflicht zur Offenbarung bei der Schweigepflicht mit der gesetzlichen Ordnung in Einklang gebracht werden kann, ist zu den einzelnen Zeiten und in den einzelnen Strafgesetzbüchern verschieden beantwortet worden. Betrachtet man das Prinzip der Schweigepflicht als notwendige Grundlage jeder erfolgreichen ärztlichen Tätigkeit als eine hohe Norm, die keine Durchbrechung erfahren darf, weil jede Durchbrechung eines Rechtssatzes mehr das Prinzip ins Wanken bringt und bei zahlreichen Ausnahmen die Offenbarung leicht zur Regel wird — — dann muß man notgedrungen diesem Prinzip den gerechten Ausgleich von Interessen und Pflichten opfern. Die andere Möglichkeit ist die — und diese hat das deutsche Gesetz jetzt ausdrücklich gewählt: man läßt die Offenbarung zu, anerkennt solche Konflikte und berücksichtigt sie im Gesetz. Man dient damit dem Recht in höchster Form [61]).

Neben den gesetzlichen Pflichten zur Offenbarung nennt § 13 RAeO die sittliche Pflicht und den zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck als befugte Offenbarungsgründe. Dem letzteren Rechtfertigungsgrund sei ein besonderer Abschnitt gewidmet. Wir beschränken uns daher vorerst auf die Behandlung des Begriffes der sittlichen Pflicht.

Das Gesetz spricht beide Male von einer Pflicht. Einmal ist es eine Pflicht des Rechts, einmal eine solche der Sittlichkeit. Die Pflicht entspringt also entweder der gesetzlich festgelegten Rechtsordnung (rechtstechnisch Offenbarungspflicht genannt), oder sie entstammt einer ungeschriebenen „höheren Rechtsordnung", der Sittlichkeit (rechtstechnisch Offenbarungsrecht genannt). § 13 III RAeO bezeichnet diese Pflichten nicht im einzelnen. Hinsichtlich der Rechtspflicht verweist diese Bestimmung auf die in den ver-

61) Vgl. Rümelin in Entgegnung gegen Gaupp bei Ebermayer, Arzt und Patient S. 60.

schiedensten Gesetzen zerstreuten Anzeigepflichten, die aber dort fest umgrenzt und klar bestimmt sind; hinsichtlich der sittlichen Pflicht verweist § 13 III RAeO auf eine außerhalb des geschriebenen Gesetzes liegende Ebene, nämlich auf die Sittlichkeit.

Solche Verweise auf die Sittlichkeit durch gesetzliche Bestimmungen sind dem heutigen Recht nicht mehr fremd und es bedient sich ihrer schon an recht zahlreichen Stellen. Denn der Verweis auf das gesunde Volksempfinden ist im Grunde genommen auch eine Aufforderung des Gesetzgebers, das Recht aus dem Gebiete der Sittlichkeit unmittelbar zu schöpfen [62]).

Man hat diesen Vorgang eine Revolution des Rechts genannt [63]). Das darf jedoch nur auf das Gebiet des Strafrechts bezogen werden. Denn das Zivilrecht kannte schon seit jeher auf die Sittlichkeit verweisende Begriffe (vor allem §§ 242, 826 BGB). Freisler [64]) leitet diese „auf den ersten Blick unverständlich erscheinende Zwiespältigkeit" aus der verschiedenen zeitlichen Entstehung des heutigen Zivil- und Strafgesetzes her. Im Jahre 1871 seien die „sittlich begründeten autoritären Gedanken" von den liberalen schon verdrängt gewesen, während sie noch zur Zeit der Entstehung des deutschen Gemeinrechts größere Berücksichtigung zu beanspruchen vermochten. Daß gerade im Strafrecht individualistische Gedanken den Grundton bestimmten, sei auch aus der besonders starken und fühlbaren Einwirkung des Strafgesetzes in die Einzelsphäre zu erklären. Aus Gründen des wirksamen Schutzes des einzelnen vermied man sittliche Begriffe im Strafgesetz, weil man bei dem Fehlen einer einheitlichen Grundanschauung eine uneinheitliche Auslegung und damit die Gefahr einer „ungesetzlichen" Bestrafung fürchtete.

Heute ist der Staat ausgerichtet nach einer einheitlichen Weltanschauung, deren Durchführung im Volksleben im einzelnen die Führung bestimmt. Eine Einzelpersönlichkeit trägt die Verantwortung und ihr Wille bestimmt das Gesetz nach Form, Inhalt und tragender Grundanschauung.

62) Vgl. §§ 2, 330 c StGB; § 48 II des Gesetzes über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938 (RGBl I S. 973) und §§ 37 II, 49, 54, 55 des neuen Ehegesetzes vom 6. 7. 1938 (RGBl I, S. 807) („sittlich nicht gerechtfertigt").

63) Freisler, Beiträge S. 39.

64) Freisler, Beiträge S. 29.

Die Sittlichkeit umfaßt die Regeln einer Gemeinschaft, die nicht organisiert zu sein braucht, die aber doch eine lebendige Gemeinschaft darstellen muß. Sittlichkeitswerte und -maßstäbe sind daher nicht nach subjektiven Ansichten der einzelnen Glieder zu messen, sondern jeder der dieser Gemeinschaft angehört, wird durch sie verpflichtet. Für das Recht eines Volkes kann nur die völkische Sittenordnung bestimmend sein. Sie allein ist die Grundlage des Rechts[65]). Freisler[66]) setzt die völkische Sittenordnung mit dem Volksgewissen gleich. Es ist also nicht das autonome Gewissen des einzelnen maßgebend, sondern die Gemeinschaft entscheidet in ihrer Gesamtheit.

Die völkische Sittenordnung drückt sich in erster Linie im Gesetz aus. Das Gesetz ist heute nicht mehr das Ergebnis eines Mehrheitsbeschlusses, sondern Führerbefehl. Aber auch heute bleibt das Gesetz nur ein unvollkommenes Mittel zur Durchführung der völkischen Sittenordnung. An manchen Stellen gibt es gar keine oder eine Lösung, die dieser höheren Ordnung offensichtlich widerspricht. Dann muß das Recht aus der höheren Ordnung unmittelbar entnommen werden.

Daß es solche Fälle gibt, soll an Hand des ärztlichen Berufsgeheimnisses gezeigt werden.

Die bekannten Beispiele der Gefährdung durch ansteckende Krankheiten haben wir schon genannt. Viele von solchen Pflichtenkollisionen wurden bisher mit dem Tatbestand der Notwehr und des Notstandes zu lösen versucht. Damit tritt die Güterabwägung, die Gegenüberstellung der sich widerstreitenden Rechtsgüter in den Vordergrund. Bei einer Offenbarung muß also das Interesse an der Geheimhaltung durch ein solches an der Offenbarung überwogen werden. Das Problem der Güterabwägung spielt im Strafrecht an mehreren Stellen eine Rolle. Besonders auch im Zusammenhang mit § 193 StGB hat sich ein zahlreiches Schrifttum und eine reichhaltige Rechtsprechung entwickelt. Mag man auch für § 193 StGB die Anwendung der Maßstäbe der allgemeinen Notstandsbestimmungen ablehnen[67]), so stellt § 193 StGB doch für seine systematische Einreihung einen Fall des „Notstandes im

65) Freisler, Beiträge S. 36.
66) Ebd. S. 39.
67) Mezger GS 89 S. 312 Anm. 3; LpzKomm § 193 Anm. 7.

weitesten Sinne" dar[68]). Zwei geschützte Rechtsgüter stehen sich gegenüber. Eines von ihnen kann nur erhalten werden, indem man das andere verletzt. Das Gesetz gibt keine Lösung des Konflikts; denn es regelt allgemein nur einzelne Tatbestände und nicht den Ausgleich solcher Konflikte[69]). Das Leben fordert aber eine Entscheidung. Diese erhält man durch die Gegenüberstellung der Strafbestimmungen und der in diesen enthaltenen und sich widerstreitenden Rechtsgüter. Diese müssen gegen einander abgewogen werden. Die Gegenüberstellung stellt also eine objektive Bewertung dar. Trotzdem hat das Reichsgericht in seinen neueren Entscheidungen[70]) auch ein subjektives Moment bei der Abwägung berücksichtigt, indem es sagt, daß „das pflichtmäßige Ermessen eine sachliche Voraussetzung für die Anerkennung der Rechtmäßigkeit bildet"[71]).

Im Schrifttum wurde diese Auffassung stark bekämpft, weil sie die Trennung der Rechtswidrigkeit von der Schuld verwischt[72]). Die Aufrechterhaltung dieser Trennung wird in der Gegenwart von der sog. Kieler Schule lebhaft in Zweifel gezogen[73]).

Die Behandlung des gesamten Problems würde an dieser Stelle zu weit führen. Jedenfalls ist aber festzustellen, daß die Sätze des Reichsgerichts die bisherige Unterscheidung noch nicht beseitigt haben. Denn auch schon bisher hatten verschiedene Delikte in ihrem Tatbestand und ihrer Rechtswidrigkeit subjektive Momente enthalten[74]).

Auch die Reichsärzteordnung spricht in § 13 III nicht für eine solche Auffassung von der Aufhebung der Trennung zwischen diesen beiden Begriffen. § 13 III RAeO betont ausdrücklich, daß das bedrohte Rechtsgut überwiegen muß. Die Güterabwägung soll also immer noch im Vordergrund stehen. Durch den Ausdruck „sittliche Pflicht" hat diese Güterabwägung aber einen subjektiven

68) RGSt 62 S. 92; 63 S. 202; 64 S. 10.
69) Mezger, Lehrbuch S. 240.
70) RGSt 62 S. 92; 64 S. 10.
71) RGSt 62 S. 138.
72) Mezger, Lehrbuch S. 242.
73) Dahm und Schaffstein aaO.
74) Kohlrausch, Kommentar I vor § 1, der auf die Unzuchtsdelikte hinweist und Wick, Das Grundprinzip der Wahrung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), Strafrechtl. Abhandl. Heft 303 S. 118, der die Absicht bei § 242 StGB nennt.

Akzent erhalten, weil das Pflichtmäßige nicht nach objektiven Gesichtspunkten allein bestimmt werden kann. In diesem Sinne hat sich der heutige Rechtsgutsbegriff etwas verschoben, als eine „subjektive Akzentverlagerung" eingetreten ist. Das wird auch von denjenigen anerkannt, die den Begriff des Rechtsguts gegen die sog. Kieler Schule verteidigen[75]). Trotz dieses subjektiven Einflusses scheint § 13 III RAeO nur Rechtfertigungsgründe nennen zu wollen.

Das Gesetz spricht von „straffrei". Der Ausdruck ist nicht sehr glücklich gewählt. Kallfelz[76]) verurteilt den Ausdruck deshalb, weil der Täter nicht nur straffrei, sondern schuldfrei handle, weil „eine Unterteilung des Begriffes der Widerrechtlichkeit in eine formelle und materielle heute nicht mehr von entscheidender Bedeutung sei"[76]). Nach dieser Ansicht würde § 13 III RAeO sämtliche Rechtfertigungsgründe und auch die Entschuldigungsgründe umfassen. Kallfelz schließt sich also der Lehre von Dahm und Schaffstein an. Diese Auffassung hängt aufs engste zusammen mit der Frage der Anerkennung des Rechtsgutsbegriffs im bisherigen Sinne. Denn „die Aufspaltung in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld ... geht aus von der Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung"[77]).

Da wir oben die Aufrechterhaltung des Rechtsgutsbegriffs in seiner bisherigen Form im allgemeinen und bei der Schweigepflicht im besonderen als notwendig bejaht haben, ergibt sich die Stellungnahme zu der Frage von der Beibehaltung der Dreiteilung des Verbrechensaufbaues ohne weiteres.

Das Wort „straffrei" bedeutet hier so viel wie „befugt handeln", d. h. nicht rechtswidrig handeln. Abs. 3 von § 13 RAeO zählt also lediglich Rechtfertigungsgründe auf. Auch das Reichsgericht[78]) spricht deutlich aus, daß „straffrei" im Sinne dieser Bestimmung mit „befugt" d. h. nicht rechtswidrig gleichzusetzen ist.

Ebenso geht aus § 24 III RAO, der zur Auslegung herangezogen werden kann, deutlich hervor, daß „straffrei" in diesem

75) Mezger, Leitfaden S. 46.
76) Kallfelz aaO S. 1345.
77) Schaffstein, Grundfragen S. 132.
78) RG in JW 1937 S. 630.

Sinne auszulegen ist. Denn dort wird ausdrücklich gesagt, „daß eine unbefugte Offenbarung nicht vorliege, wenn ...“ [79]). Schließlich kann auch noch § 2 der Berufsordnung für die deutschen Aerzte vom 5. 11. 1937 (Deutsches Aerzteblatt 1937 S. 1031), herangezogen werden, der die Erläuterungsbestimmung zur Schweigepflicht nach § 13 RAeO darstellt [79]). Diese Bestimmung nennt auch noch die Einwilligung und sie gibt daher eine abschließende Aufzählung der Rechtfertigungsgründe für die Offenbarung bei der Schweigepflicht. Danach handelt „nicht unbefugt derjenige, der offenbart, wenn er von der Schweigepflicht entbunden, wenn eine Rechtspflicht, sittliche Pflicht oder ein nach gesundem Volksempfinden berechtigter Zweck vorliegt“ [79]).

Der Begriff „unbefugt“ muß daher vom Gesetz als rechtswidrigkeitsausschließend ausgelegt werden; denn in diesem Sinne gebrauchte ihn das Gesetz bisher in seiner Terminologie und es kann ihn deshalb in neuen gesetzlichen Bestimmungen nicht plötzlich anders verstehen.

Die Betonung der Pflicht in § 13 III RAeO stört diese Entscheidung nicht. Sie weist nur darauf hin, daß wir heute den Rechtsgutsbegriff nicht ausschließlich mit objektiven Maßstäben messen, sondern ihm auch einen „subjektiven Akzent“ beilegen [80]).

Der Anerkennung eines sittlichen Rechts zur Offenbarung beim Berufsgeheimnis, die das Reichsgericht [81]) sehr früh gebilligt und der auch ein Teil des Schrifttums [82]) mit den verschiedensten Begründungen gefolgt ist, wurde früher der Hauptvorwurf gemacht, sie fördere schrankenlose subjektive Willkür [83]). Es liege darin die Anerkennung des Satzes: der Zweck heiligt die Mittel. Das Gesetz werde dadurch zu einem bloßen Schatten und übertrage die Entscheidung solcher Konflikte dem Arzt und Richter, während es gerade selbst zu deren Lösung berufen sei [84]). Diese Gegner sittlicher Begriffe im Gesetz wollten denn auch alle

79) Kallfelz, Die neue „Berufsordnung für die deutschen Aerzte“, JW 1938 S. 97.

80) Mezger, Leitfaden S. 46.

81) RGSt 38 S. 62; RGZ 53 S. 317.

82) Frank § 300 III 2 b; Olshausen § 300 Anm. 9 g; Liszt aaO S. 590.

83) Insbes. Sauter aaO S. 229 ff.

84) Sauter aaO S. 230; auch Finger aaO S. 363; Hippe aaO S. 294.

diese beim Berufsgeheimnis auftauchenden Fälle bezeichnenderweise mit dem Notwehrtatbestand lösen.

In vielen Fällen von Pflichtenkollisionen mag man mit dem Tatbestand der Notwehr eine befriedigende Lösung erreichen [85]). Jedoch gelingt dies nicht immer. Es sei hier beispielsweise der schon genannte Fall angeführt, wo der eine Verlobte an einer beginnenden Geisteskrankheit oder an einer sonstigen schweren, aber nicht ansteckenden, Krankheit leidet. Teilweise wurde auch an dieser Stelle eine Offenbarung seitens des Arztes als Akt der Notwehr (Nothilfe) zugelassen [86]). Man zog hiezu die Strafbestimmung des § 170 StGB (Ehebetrug) heran. In der Täuschung des Partners über das Vorliegen einer beginnenden oder schon ausgebrochenen Krankheit liege ein solcher Ehebetrug, der einen Angriff auf den anderen Partner bedeute.

Es ist zu deutlich das Gesuchte an dieser Konstruktion zu erkennen, ganz abgesehen davon, daß ein „Angriff" wohl schwerlich aus diesem Fall entnommen werden kann [87]).

Allen diesen Meinungen zum Trotz hat der oberste deutsche Gerichtshof schon im Jahre 1903 [88]) und später [89]) eine sittliche Pflicht zur Offenbarung anerkannt und die Geheimnisverletzung in einem solchen Falle straflos gelassen. Allerdings ist Sauter [90]) zuzugeben, daß die Begründung im Urteil RGZ 53 S. 315 nicht sehr in die Tiefe geht. Das Reichsgericht begnügt sich in dieser Entscheidung hauptsächlich mit dem Satze: „Wie es Rechtspflichten gibt, die einer Verschwiegenheitspflicht vorgehen, so sind auch höhere sittliche Pflichten anzuerkennen, vor denen die Verpflichtung zur Verschwiegenheit zurücktreten muß". In RGSt 38 S. 62 ff. wird von der Feststellung ausgegangen, daß der Arzt sich bei Nichtanzeige drohender Ansteckung an den Gefährdeten der Körperverletzung schuldig machen könne, wenn der Dritte angesteckt wurde. Seit diesen Entscheidungen des Reichsgerichts haben in der Folgezeit fast alle Entwürfe solche höheren

85) Jellinek aaO S. 672 verneint für alle diese Fälle das Vorliegen eines „gegenwärtigen" Angriffs; ebenso Olshausen § 300 Anm. 9 d.
86) Landsberg aaO S. 150.
87) So auch Schuhmacher aaO S. 80; Spinner aaO S. 542.
88) RGZ 53 S. 317.
89) RGSt 38 S. 62 (64).
90) Sauter aaO S. 260.

sittlichen Pflichten zur Offenbarung anerkannt, wenn auch die Form dafür eine recht verschiedene war[91]). Auch im Schrifttum ist man dem gefolgt[92]).

Mit diesem Standpunkt wird bewußt eine Meinung abgelehnt, die noch Sauter[93]) vertrat, wenn er ausführte, daß dadurch subjektiver Willkür Tür und Tor geöffnet werde. Schon Groß (Arzt)[94]), der gerade von Sauter angegriffen wurde, hatte diese heutige Auffassung angedeutet. Er verlangte nämlich „statt Aufstellung engherziger, Schwierigkeiten und Ungerechtigkeiten erzeugender Regeln" die Ueberweisung der Entscheidung des Konflikts an die eigene Verantwortung des Arztes. Der Richter solle auch nur den „Vorgang im Innern des Arztes nachprüfen". Ob allerdings eine solche Ansicht für das damalige Verhältnis von Gesetz und Recht vertretbar war, erscheint zweifelhaft.

Im Grunde ist die Anerkennung der Notwendigkeit der Offenbarungsbefugnis kraft sittlicher Pflicht nichts anderes als die Kapitulation vor dem Satze, daß das Gesetz unmöglich jeden Einzelfall der Offenbarung regeln und eine befriedigende abschließende Aufzählung der Offenbarungsrechte geben kann, so oft der Wunsch danach auch von ärztlicher Seite immer wieder ausgesprochen wurde[95]) und im Interesse der Rechtsklarheit sicherlich wünschenswert wäre[96]).

Landsberg[97]) führt im Anschluß an den von ihm angeführten und hier schon genannten sog. „Wiener Fall", in dem der Arzt wirklich sich zum Märtyrer seiner Schweigepflicht machte, aus, daß dem von ärztlichen Kreisen geforderten anderen Extrem (gemeint ist die Zulassung der Offenbarung kraft pflichtgemäßen Er-

91) Entw. 1913 (§ 354 III): Wahrnehmung berechtigter privater oder öffentlicher Interessen. Entw. 1919 (§ 355 III): ebenso; Entw. 1927 (§ 325 III): Wahrnehmung eines privaten oder öffentl. Interesses, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann.

92) Z. B. Wolff aaO S. 67; Olshausen § 300 Anm. 9 g; Frank § 300 III 2 b (berechtigte Interessenwahrnehmung).

93) Sauter aaO S. 231.

94) Groß aaO S. 246.

95) Neuerdings wieder Mueller aaO S. 21; Becker aaO S. 211.

96) Schuhmacher aaO S. 69 fordert eine abschließende Aufzählung und hält diese also für möglich; Ebermayer JW 1930 S. 1552: „Der Gesetzgeber kann hier nicht mehr tun als allgemeine Richtlinien aufstellen"; ähnlich Bohne DMW 1936 S. 973.

97) Landsberg aaO S. 150.

messens des Arztes) in solchen Fällen nicht zu folgen sei. Denn würde man ihm folgen, so trüge der Arzt die ganze Last der Verantwortung, „der Abwägung näherer und entfernterer Interessen und Gefahren", und er sei vollständig dem subjektiven Ermessen des Gerichts ausgeliefert, weil dann alle objektiven Schranken gefallen seien. Das Gesetz müsse also eine bestimmte Mittellinie einhalten.

Wann eine sittliche Pflicht zur Offenbarung vorliegt, kann nicht einheitlich und nach einer bestimmten Grundregel entschieden werden. Die Umstände und Verhältnisse des Einzelfalls sind weitgehend maßgebend. Was sittliche Pflicht ist, entscheidet, wie schon betont wurde, nicht das subjektive Ermessen des einzelnen, sondern die völkische Sittenordnung. Trotzdem lassen die dieser Ordnung entspringenden Pflichten sich nicht allein nach objektiven Maßstäben messen. Aus dem Gesetz geht hervor, daß durch die Gegenüberstellung und Abwägung der Rechtsgüter eine objektive Bewertung vorzunehmen ist. Erst diese objektive Wertung wird entscheidend sein für das Vorliegen einer sittlichen Pflicht. Insofern ist die Frage der Güterabwägung und diejenige der sittlichen Pflicht aufs engste verbunden.

Es ist nun seltsam, daß das Gesetz die Lösung dieser Pflichtenkollisionen gerade in dem Augenblick zu regeln beginnt und die sittliche Pflicht zur Offenbarung anerkennt, in dem durch anderweitige gesetzliche Einzelbestimmungen kurz vorher schon die krassesten Fälle entschieden wurden [98]).

So kann der Fall des syphilitischen Verlobten jetzt direkt aus dem Gesetz gelöst werden [99]). Denn nach § 10 III des Geschlechtskrankheitengesetzes von 1927 ist ein Arzt der Beratungsstelle zur Offenbarung befugt, wenn sie an eine Person geschieht, die ein berechtigtes gesundheitliches Interesse hat, über die geschlechtliche Erkrankung eines anderen unterrichtet zu werden. Dieser Offenbarung hat jedoch eine sorgfältige Rechtsgüterabwägung vorauszugehen [100]). Die Vorschrift berechtigt bei allen Geschlechtskrankheiten zur Offenbarung an gefährdete Dritte. Allerdings ist nur der Arzt der Beratungsstelle offenbarungsbefugt. Für die außerhalb einer Beratungsstelle tätigen Aerzte gilt § 10 des Ge-

98) Worauf auch Schäfer DJ 1936 S. 376 hinweist.
99) Vgl. auch Hinweis von Deschl aaO S. 55.

schlechtskrankheitengesetzes nicht[100]). Begibt sich der Patient in die Behandlung eines privaten Spezialarztes, so ist diesem eine Offenbarung nur nach den allgemeinen Grundsätzen gestattet, d. h. es muß eine sittliche Pflicht zum Reden vorliegen. Für die Aerzte der Beratungsstelle ist die Regelung des § 10 III d. Ges. jedoch eine abschließende. Sie können sich daher nicht auf eine höhere sittliche Redepflicht berufen, wenn die Voraussetzungen des § 10 III d. Ges. nicht vorliegen[101]).

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß von der bevorstehenden Einführung einer Pflicht zur Vorlage des Ehetauglichkeitszeugnisses an bei mit ansteckender Krankheit behafteten Ehekandidaten kein Bedürfnis zur Offenbarung mehr besteht, da diese nach § 1 I a des Ehegesundheitsgesetzes vom 18. 10. 1935 kein Ehetauglichkeitszeugnis erhalten[102]). Somit wird die Gefahr der Ansteckung ausgeschlossen. Anders ist es jedoch, wenn die Vermutung vorehelichen Geschlechtsverkehrs begründet ist.

Ebenso ist es bei dem an beginnender Paralyse leidenden Verlobten. Auch er wird in Zukunft kein Ehetauglichkeitszeugnis erhalten. § 1 I c des Ehegesundheitsgesetzes.

Aber auch durch diese gesetzlichen Bestimmungen sind keineswegs sämtliche Fälle geregelt, bei denen ein Offenbarungsrecht kraft sittlicher Pflicht anzuerkennen ist. Wohl hat sich der Begriff „sittliche Offenbarungspflicht" gerade an Hand der eben genannten, jetzt gesetzlich gelösten Fälle entwickelt; denn die Notwendigkeit der Offenbarung sprang hier besonders deutlich in die Augen.

Zur Veranschaulichung dafür, daß es noch weitere offenbarungsbedürftige Fälle gibt, sei folgender Fall angeführt: Der Generalbevollmächtigte eines großen Werkes hat Anzeichen beginnender Paralyse, die den sicheren Ausbruch der Krankheit in kürzester Zeit befürchten lassen. Es besteht die Gefahr, daß im Anfangsstadium der Krankheit, welche von einem Laien oft nicht leicht zu erkennen ist, der Patient große Vermögenswerte durch geschäftlich völlig unsinnige Handlungen vernichtet. Soll hier der

100) Stenglein, Nebengesetze Anm. 8 zu § 10.

101) So Schäfer-Lehmann § 10 Anm. 33; Stenglein, Nebengesetze § 10 Anm. 8; Finger aaO S. 363; a. A. Hellwig, Geschlechtskrankheitengesetz § 10, Nr. 4.

102) Gütt-Linden aaO S. 53.

Leiter des Werkes gewarnt werden dürfen? Die Frage ist wohl zu bejahen. Auf der einen Seite stehen gewaltige Vermögenswerte, auf der anderen Seite das Interesse des Patienten an der Geheimhaltung. Oft wird es sehr schwer sein, den Patienten über seine Lage aufzuklären und ihn dadurch zum Rücktritt von seinem Posten zu veranlassen. Die Aufklärung über seinen wahren Krankheitszustand würde diesen in vielen Fällen verschlechtern und jede Aussicht auf Heilung vernichten. Würde man im gegebenen Fall trotzdem keine Offenbarung an den Inhaber des Werkes zulassen, so wäre dies ein ungerechtfertigter Schutz eines einzelnen auf Kosten eines andern. Denn letztlich muß der einzelne Schicksalsschläge doch selbst tragen. Das Ergebnis der Güterabwägung entscheidet hier erst das Vorliegen einer sittlichen Pflicht zur Offenbarung.

Hellwig[103]) nennt außer den bekannten Fällen noch einen Simulanten, der sich dem Wehrdienst entziehen will. Dem Arzt, zu dem der Wehrpflichtige kommt und ihn in das Vertrauen zieht, soll danach gestattet sein, den Verdacht der Simulation der zuständigen Wehrmachtsdienststelle mitzuteilen. Ob hier von einer sittlichen Pflicht gesprochen werden kann, sei dahingestellt. Jedenfalls dürfte bei sehr starkem Verdacht — aber auch nur dann — die Mitteilung einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck dienen.

cc) α) Die Reichsärzteordnung hat sich in § 13 III nicht damit zufrieden gegeben, der bisherigen Rechtsprechung und überwiegenden Lehre von der Anerkennung eines Offenbarungsrechts kraft sittlicher Pflicht gesetzlichen Ausdruck zu verleihen, sondern hat darüber hinaus noch eine solche Befugnis dem Arzt zugesprochen, wenn er zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart.

Dieser Zusatz in § 13 III RAeO wird verschieden ausgelegt. So sieht Mittermaier[104]) diese Bestimmung lediglich als nähere Erklärung des Begriffes „sittliche Pflicht" an, der zur Auslegung desselben herangezogen werden kann. Ebenso sagt Kallfelz[105]),

103) Hellwig DMW 1936 S. 153.
104) Mittermaier in Mon. f. Krim. 1936 S. 154.
105) Kallfelz aaO S. 1346.

„daß in der Praxis sittliche Pflichten und nach gesundem Volksempfinden berechtigte Zwecke wohl meist mehr und mehr zusammenfallen".

Diesen Auffassungen ist nicht unumschränkt beizupflichten. Wenn das Gesetz einen Ausdruck wie „nach gesundem Volksempfinden berechtigt" eingeführt hat, so müssen gewichtige Gründe dies veranlaßt haben, und der Begriff muß bei seiner allgemeinen und großen Ausdehnung fähigen Bedeutung mehr als nur ergänzend oder zusätzlich gedacht gewesen sein. Schon das Wort „oder" deutet auf eine Gleich- bzw. Nebeneinanderstellung zu der „sittlichen Pflicht" hin und nicht auf ein gegenseitiges Ineinanderaufgehen. Wäre der Begriff in dem von Mittermaier ausgelegten Sinne zu verstehen, so brächte die Reichsärzteordnung nichts Neues bezüglich der Offenbarungsbefugnis; denn der Begriff „sittliche Pflicht" war ja — wie schon des öfteren betont — bereits durch Rechtsprechung und überwiegende Lehre anerkannt worden[106]). Man ist sich seit Erlaß der Reichsärzteordnung jedoch darüber einig, daß durch § 13 III RAeO eine Lockerung der Schweigepflicht eingetreten ist in dem Sinne, daß heute weit mehr Fälle als offenbarungsberechtigt anerkannt werden als früher. Demnach muß gerade durch den zweiten Begriff „nach gesundem Volksempfinden berechtigter Zweck" diese Auflockerung ermöglicht worden sein. Gewöhnlich wird auch, wenn das Vorliegen einer sittlichen Pflicht verneint oder wenigstens bezweifelt wird, gesagt, daß doch im gegebenen Fall „zumindest" die Offenbarung zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck erfolge[107]).

Nun ist allerdings zuzugeben, daß im Grunde zwischen beiden Begriffen kein wesensgemäßer Unterschied besteht. Das gesunde Volksempfinden kann niemals sittlichen Normen entgegengesetzt sein, sondern es bildet mit ihm und muß mit ihm bilden eine Einheit, die ihre Wurzel in der Sittenordnung des Volkes hat. Besonders Freisler, der sich über diese Zusammenhänge des öfteren schon ausgelassen hat, unterstellt ohne weiteres diesen Gleichklang[108]). Die Einheit der Sitten- und Rechtsordnung beherrsche

106) Vgl. Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 48; Bohne DMW 1936 S. 974.
107) Vgl. z. B. K. Schäfer, D Str 1937 S. 199.
108) Z. B. Freisler, Jahrbuch des Deutschen Rechts, Hsg. Schlegelberger, Freisler, Neubert, Hoche und Staud; NF 2. Bd. Berlin 1935 S. 519 ff. (522).

das nationalsozialistische Strafrecht und das Recht überhaupt. Wieviel mehr müssen dann die beiden obigen Begriffe einheitlich zu verstehen sein!

Beide Begriffe entspringen einer gemeinsamen Ebene. Es ist daher kein wesensmäßiger Unterschied — noch viel weniger ein Gegensatz — in der Aneinanderreihung der beiden Rechtfertigungsgründe zu sehen. Jedoch scheint ein Unterschied dem Grade nach vorzuliegen.

Wird der berechtigte Zweck in den Vordergrund gestellt, so ist bestimmend das Interesse der Allgemeinheit an der Offenbarung, während sittliche Pflichten oft auch allein zugunsten und zum Schutz von Einzelinteressen bestehen können und das Interesse der Allgemeinheit nur mittelbar berührt wird.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß ein gradmäßiger Unterschied zwischen „sittlicher Pflicht" und „nach gesundem Volksempfinden berechtigter Zweck" bestehen muß, und daß der nationalsozialistische Gesetzgeber diese Ansicht teilt. Der dritte Rechtfertigungsgrund kann als sittliches Recht zur Offenbarung bezeichnet werden. Es ist ein Recht, dessen Ausübung die völkische Sittenordnung billigt. So gut die Rechtsordnung Rechte gewährt und Pflichten aufstellt, ebenso berechtigt und verpflichtet die Sittenordnung. Das sittliche Recht wird durch § 13 III RAeO für den Fall der Offenbarung von Geheimnissen als gesetzliches sanktioniert.

β) Welche Fälle des Lebens sollen nun als zu einem gesunden Volksempfinden berechtigten Zweck zur Offenbarung zugelassen werden, ohne daß eine sittliche Pflicht die Offenbarung fordert?

Eine deutliche Scheidung hat das Schrifttum bisher nicht gemacht. Was der eine als nur offenbarungsberechtigt nach gesunden Volksempfinden zuläßt, betrachtet der andere als sittliche Pflicht zum Reden. Für die Praxis spielt eine schematische Unterstellung und Einreihung der einzelnen Fälle unter die beiden Rechtfertigungsgründe keine Rolle, weil stets Straflosigkeit eintritt. Jedoch ist es gefährlich, überall dort, wo keine sittliche Pflicht anerkannt wird, zu sagen, daß „zu mindest" ein berechtigter Zweck vorliege[109]), und daß dieser dritte Rechtferti-

109) Schäfer D Str 1937 S. 199.

gungsgrund damit zu einer bequemen Offenbarungsrechtfertigung wird, wobei man nur den Zweck sieht und dabei die strenge Abwägung der sich widerstreitenden Rechtsgüter, wie dies § 13 III RAeO auch für den dritten Rechtfertigungsgrund verlangt, vernachlässigt. Die Gefahr in dieser Richtung scheint heute nicht gering zu sein.

Für den Fall der Anzeige begangener Verbrechen ist noch nirgends eindeutig ausgesprochen worden, bei welchen Delikten oder wenigstens bei welcher Gattung von Delikten ein Offenbarungsrecht besteht. Keiner der Schriftsteller will bei jedem Delikt schlechthin ein Anzeigerecht gewähren. Kallfelz[110]) spricht von Kapitalverbrechen. Schäfer[111]) nennt nur „schwere Verbrechen". Weimar[112]) scheint das Anzeigerecht auf Verbrechen schlechthin anwenden zu wollen, wenn er das Beispiel bringt, wo sich jemand mit einer ohne Erlaubnis besessenen Pistole infolge Unachtsamkeit eine Wunde beigebracht hat, die er vom Arzt verbinden läßt. Hier handelt es sich höchstens um ein Vergehen, und ein Anzeigerecht soll daher ausgeschlossen bleiben. Ebenso sprechen Hellwig[113]) und Bohne[114]) nur von Verbrechen, geben also damit alle begangenen Verbrechen zur Anzeige frei.

Dieser letzteren Ansicht ist für das geltende Strafrecht nicht beizutreten. Unser Strafgesetzbuch stempelt die verschiedenartigsten Taten zu Verbrechen. Die Rechtsgüter, die durch sie verletzt werden, sind recht mannigfache. Alle Delikte, die das Strafgesetzbuch als Verbrechen bezeichnet, schlechthin zur Offenbarung freizugeben, dürfte nicht angebracht sein. Der Bedeutung des Berufsgeheimnisses des Arztes würde man dadurch nicht gerecht werden. Wenn beispielsweise ein Münzfälscher, der bei dieser seiner Tätigkeit sich etwa durch chemische Stoffe ver-

110) Kallfelz aaO S. 1346.

111) Schäfer DJ 1936 S. 376; Meßner aaO S. 1077 nennt einen „gesuchten gemeingefährlichen und gemeinen Mörder" oder ein sonstiges „ruchloses Verbrechen, das durch die Angaben des Arztes verhindert werden kann". Aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen ist jedoch zu entnehmen, daß er die Rechtspflicht zur Anzeige drohender Verbrechen meint. Diese Verbrechen sind jedoch in § 139 StGB aufgezählt, so daß solch allgemeine Begriffe nicht angebracht sind.

112) Weimar aaO S. 266.

113) Hellwig DMW 1936 S. 154 („Ergreifung eines Verbrechers").

114) Bohne DMW 1936 S. 974.

letzt hat, den Arzt aufsucht und dieser von ihm die Sachlage erfährt, so wird man kaum dem Arzt ein Anzeigerecht zugestehen, selbst wenn der Tatbestand des Münzverbrechens erfüllt ist. Vorausgesetzt ist natürlich, daß eine Vermutung für weitere Münzfälschungen nicht besteht.

Es gibt eben manche Verbrechen, bei denen der Satz, „daß der Arzt vom Staat nicht zum Polizeiorgan, zum Spitzel, zum Denunzianten degradiert werden soll“ [115]), auch heute noch beachtet werden muß, wo wir von einer anderen Auffassung vom Zweck der Strafrechtsnormen ausgehen [116]).

Wenn wir demnach nicht alle Verbrechen im engeren Sinne als für den Arzt offenbarungsfrei ansehen, sondern mit Schäfer und Kallfelz uns auf „besonders schwere, auf Kapitaldelikte“ beschränken, müssen wir weiter die einzelnen Verbrechen auf diese Eigenschaft hin untersuchen. Welche Verbrechen sind demnach Kapitaldelikte in diesem Sinne?

Es liegt der Gedanke nahe, die durch § 139 StGB vorgenommene Abgrenzung von Verbrechen auch hier zu verwenden und dort, wo das Gesetz für drohende Verbrechen eine Rechtspflicht zur Anzeige festgelegt hat, ein sittliches Recht zur Anzeige zu gewähren, wenn sie begangen sind.

Dieser Gedanke kann hier aber nicht verwendet werden. Denn einmal enthält § 139 StGB Delikte, bei denen, wenn sie begangen sind, kein Bedürfnis nach Anzeige des Verbrechers durch den Arzt besteht. Hier sei vor allem an den angeführten Fall des Münzverbrechens erinnert. Andererseits sind gewisse Delikte in § 139 nicht enthalten, die, wenn sie begangen sind, durch die dabei notwendige innere Einstellung des Täters gewöhnlich für eine weitere Begehung sprechen. Gemeint sind an dieser Stelle besonders die sexuellen Gewaltdelikte (Notzucht und Kinderschändung) und die Abtreibung. Sexualverbrecher, die nach der ersten Tat mit Sicherheit in Zukunft von ihrem Tun ablassen werden, sind sehr selten anzutreffen. Ebenso verhält es sich mit der gewerbsmäßigen [117]) Abtreibung.

---

115) Spinner aaO S. 486.

116) Uebertrieben wird dieser Satz vor allem von Spinner (ebd.), der die Offenbarungsbefugnisse einer sehr scharfen Kritik unterzieht.

117) Nur diese kommt in Betracht, weil nur sie Verbrechen ist.

Bei begangenen Sittlichkeitsverbrechen an Kindern halten sich sogar die französischen Aerzte für anzeigeberechtigt[118]). Im deutschen Schrifttum wurde auch schon bisher ein Offenbarungsrecht zugestanden aus dem Gedanken der Wiederholungsgefahr[119]). Spinner[120]) weist jedoch mit Recht darauf hin, daß gerade bei solchen Anzeigen zu erwägen ist, ob durch das gerichtliche Verfahren das Kind nicht noch mehr geschädigt wird, als es dies schon durch die Tat wurde.

Inwieweit der Arzt eine stattgefundene Abtreibung anzeigen darf und soll, war bisher sehr bestritten. Neuerdings wurde verschiedentlich nicht nur ein Anzeigerecht, sondern eine Rechtspflicht zur Mitteilung an die Behörde verlangt, deren Nichtbeachtung Bestrafung nach sich ziehen soll[121]). Erst dadurch werde die individualistische Auffassung, die noch heute hier und dort in der Aerzteschaft wurzele, restlos überwunden. Auch schon früher wurde diese Forderung von mancher Seite erhoben[122]). Die weitaus überwiegende Meinung der Aerzte jedoch lehnte eine solche Rechtspflicht de lege ferenda ab[123]).

Die von diesen Aerzten vorgebrachten Gründe haben auch heute noch Anspruch auf Beachtung. Die Unschädlichmachung von besonders gefährlichen Abtreiberpersonen wird nicht erleichtert, wenn man die Frau vom Arzt gerade wegtreibt. Denn welche Person wird sich zum Arzt begeben, wenn sie von vorneherein weiß, daß ihre Vertrauensperson zu ihrer Auslieferung an den Staatsanwalt gesetzlich verpflichtet ist? Andererseits darf bei den heutigen Maßnahmen und Anstrengungen des Staates zur Hebung der Bevölkerungszahl nicht verkannt werden, daß die Abtreibung ein gewaltiges Hemmnis für die Erreichung dieses Ziels bedeutet[124]).

Zur Lösung dieser Kollision hat die Reichsärzteordnung bewußt den Mittelweg gewählt. Sie gewährt nur ein Anzeigerecht, dessen Handhabung sie in das Ermessen des Arztes stellt.

118) Humbert, Fournier angef. bei Spinner aaO S. 537.
119) Schuhmacher aaO S. 91.
120) Spinner aaO S. 537.
121) Preiser aaO S. 552; ebenso Rambke aaO S. 146.
122) Vgl. Placzek (selbst ablehnend) einen Aufsatz besprechend in Mon.f.Krim. 1911 S. 228.
123) Placzek ebd.; Spinner aaO S. 380 und S. 538.
124) Vgl. die Ausführungen Preisers aaO S. 545.

Wenn auch heute nicht grundsätzlich gesagt werden kann, daß bei jeder vom Arzt festgestellten Abtreibungshandlung ein Anzeigerecht für diesen besteht, so wird man doch einen strengeren Maßstab als früher anzulegen haben. Die Ausführungen Placzeks [125]) über die „traurige Lage der betreffenden Frau" scheinen heute, wo der Staat zugunsten der Kinderreichen und auch der unehelich Schwangeren alle nur erdenklichen sozialen Maßnahmen ergreift, in den meisten Fällen nicht mehr gerechtfertigt [126]).

Aus diesen Erwägungen muß entnommen werden, daß heute der Arzt nur dann zur Anzeige berechtigt und in seinem Gewissen verpflichtet ist, wenn er den dringenden Verdacht eines „gemeingefährlichen Abtreibungsunwesens" [127]) schöpft. Denn Zweck der Anzeige ist die Bekämpfung dieser für den Volksbestand überaus großen Gefahr — also ein nach gesundem Volksempfinden berechtigter Zweck [128]).

Eine schematische Abgrenzung der begangenen Verbrechen, die den Arzt zur Anzeige berechtigen, kann aus dem geltenden Recht, wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, nicht entnommen werden. Jedoch scheint das kommende Recht in dieser Hinsicht einen Anhaltspunkt zu geben. Die amtliche Strafrechtskommission [129]) hat nämlich eine Befreiung von der Anzeigepflicht begangener Verbrechen, die in Zukunft in gewissem Umfange jeden Staatsbürger treffen soll, für den Arzt ausgesprochen. Trotzdem erscheint es gerade für die dort aufgezählten Delikte

---

125) Placzek Mon.f.Krim. 1911 S. 229.

126) Placzek ebd.: „Das arme Weib, das oft unverschuldet, ein beklagenswertes Opfer der sozialen Verhältnisse, in die traurige Lage gerät, verdient es nicht unser Mitleid? Wenn Angst und Kummer die Leidende verzehren, wenn drohend die Aussicht ihr vor Augen tritt, für immer gebrandmarkt zu werden, ist es dem gemarterten Geschöpf wohl zu verdenken, wenn es Hilfe sucht, wo es sie findet?"

127) Meßner aaO S. 1077.

128) So auch Meßner ebd.

129) „Wer von der Person des Täters oder eines sonst an einer unaufgeklärten, mit dem Tode bedrohten Straftat Beteiligten glaubhafte Kenntnis hat und trotz öffentlicher Aufforderung der zuständigen Behörde es unterläßt, binnen angemessener Frist der Behörde Mitteilung davon zu machen, wird mit Gefängnis bestraft.

Angehörige sind straffrei; dasselbe gilt für Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger oder Aerzte, die ihre Kenntnis bei Ausübung der Seelsorge oder ihres Berufes erlangt haben."

angebracht, dem Arzt ein sittliches Recht zur Anzeige zu gewähren, wenn er im Einzelfall eine solche für notwendig erachtet. Bei allen de lege ferenda mit dem Tode bedrohten Delikten wird man daher dem Arzt ein Anzeigerecht zugestehen müssen, wenn im Einzelfall nicht besondere Umstände dagegen sprechen. Außerdem steht ihm dieses Recht auch bei begangenen Sexualverbrechen und Abtreibungsverbrechen zu.

Bemerkenswert ist bei der Anzeige begangener Verbrechen, daß vielerorts die Polizei nach Erlaß der Reichsärzteordnung dazu übergegangen ist, die Leiter der Krankenhäuser anzuweisen, jeden Fall von eingelieferten verletzten Personen, der auf einen gewaltsamen Eingriff schließen läßt, ihr zur Kenntnis zu bringen [130]).

Außer der Anzeige begangener Verbrechen gibt es heute eine weitere Anzahl von Fällen, wo das Bedürfnis nach Offenbarung besteht und wo eine solche jetzt gewährt wird als zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck.

So führt Weimar [131]) den Fall der Mitteilung von Krankheiten und die Art ihrer Behandlung durch den behandelnden Arzt an ärztliche Kollegen zu wissenschaftlichen Zwecken an und hält dies für zulässig. Schon oben wurde dem Arzt ein solches Recht zugestanden, wenn diese Mitteilung im Interesse der Heilung des Kranken liegt [132]). Ob aber eine Mitteilung nur zum Zwecke der wissenschaftlichen Fortbildung zulässig ist, war bisher lebhaft umstritten. Die überwiegende Meinung verhielt sich ablehnend [133]). Mit Recht hat Ebermayer [134]) für den früheren Rechtszustand schon darauf hingewiesen, daß „es nahezu immer möglich sein wird, einen Fall wissenschaftlich zu verwerten, ohne daß die Person des Kranken bekannt wird." Eine Offenbarung zu wissenschaftlichen Zwecken wird daher nur selten notwendig sein. Die Veröffentlichung eines medizinisch wissenschaftlich interessanten

130) Vgl. auch Kriminalistische Monatshefte Jg. 1936 S. 143.

131) Weimar aaO S. 266.

132) Schuhmacher aaO S. 78; Spinner aaO S. 530; Sauter aaO S. 160; Ludwig aaO S. 37.

133) LpzKomm § 300 Anm. 7; Frank § 300 III 2 b; Olshausen § 300 Anm. 9 i; Schuhmacher aaO S. 83; a. A. Becker aaO S. 212, der wie Weimar bei überragendem wissenschaftlichen Interesse die Offenbarung zulassen will.

134) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 52.

Falles in einer Fachzeitschrift ist daher unbefugt, wenn sie unter Nennung des Namens oder doch wenigstens solcher Bezeichnung der Person des Kranken geschieht, daß hieraus auf den Geheimnisträger geschlossen werden kann [135]). —

Es wurde schon an anderer Stelle ausgeführt, daß die Hinterbliebenen des verstorbenen Patienten, auch wenn sie selbst Geheimnisträger zusammen mit dem Verstorbenen sind, den Arzt nicht wirksam von der Schweigepflicht zu befreien in der Lage sind. Der Tod des Patienten enthebt den Arzt nicht von der Schweigepflicht, wenn auch damit der Antragsteller wegfällt und daher eine Verfolgung ausgeschlossen ist [136]). „Allerdings findet der Wille des Toten auf Geheimhaltung dann keinen Schutz", sagt Schuhmacher [137]), „wenn dies gegenüber den Erben zu einer Unbilligkeit führen würde" [138]). Man zählte hierher allgemein den Fall der Testamentserrichtung bei geistiger Zurechnungsfähigkeit in diesem Augenblick, worüber der Arzt gegebenenfalls aussagen kann.

Ebermayer [139]) und mit ihm das Kammergericht [140]) haben die Aussage über den Geisteszustand des Erblassers zugelassen mit der Begründung, daß das Andenken an den Verstorbenen dadurch nicht gemindert werde. „Geisteskrankheit sei aber kein Leiden, das den sittlichen Wert des Verstorbenen und sein Andenken mindere" [141]). Der Arzt dürfe daher reden, wenn kein schutzwürdiges Interesse des Verstorbenen zu erkennen sei. Ob diese Ansicht dem Rechtszustand des § 300 StGB entsprochen hat, erscheint zweifelhaft im Hinblick darauf, daß das frühere Recht trotz Anerkennung einer sittlichen Pflicht zur Offenbarung strengere Anforderungen an eine solche gestellt hat, wie dies jetzt der Fall ist. Heute dagegen können wir diesen Fall als offenbarungsberechtigt ansehen als zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck.

---

135) Schuhmacher aaO S. 83.
136) Schäfer D Str 1937 S. 199.
137) Schuhmacher aaO S. 48.
138) Aehnlich meint Schäfer-Lehmann aaO § 10 I 6, daß nach dem Tode die Grenzen der Schweigepflicht nicht mehr so eng zu ziehen seien.
139) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 45.
140) KG Beschluß vom 2. 1. 1914 angef. bei Ebermayer ebd. und S. 51.
141) So auch Schuhmacher aaO S. 48.

K. Schäfer[142]) führt in diesem Zusammenhang das Beispiel von einem Schadensersatzprozeß an, in dem der Arzt Aussagen machen soll zugunsten der Witwe des verunglückten Kraftwagenfahrers. Dem mutmaßlichen Willen des Geheimnisträgers, wenn er noch lebte, läuft die Offenbarung sicherlich zuwider[143]). Auch wird sein Interesse an der Geheimhaltung oft verletzt werden. Stellt man das Interesse des Verstorbenen in den Vordergrund, so besteht für den Arzt auch nach dem Tode des Patienten eine Schweigepflicht. Denn auch der Tote besitzt noch einen schutzwürdigen Interessenbereich. Nur bei schwersten sittlichen Bedenken, also beim Vorliegen einer sittlichen Pflicht zum Reden, wird der Arzt trotz eines Interesses des Verstorbenen an der Geheimhaltung offenbaren[144]).

Wie es sich mit einer Offenbarung bei Krankheiten von Dienstboten und Angestellten verhält, ist schon oben erörtert worden. Falls die dort genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, ist eine Offenbarung unbefugt. Eine Offenbarung hinsichtlich der Dauer der Krankheit an den Arbeitgeber durch den Arzt erscheint jedoch für gerechtfertigt nach gesundem Volksempfinden. Der Schweizer Arzt Jaquet[145]) bezeichnet diesen Fall als „nach dem gesunden Menschenverstand" offenbarungsberechtigt. Tatsächlich wird durch eine solche Angabe der Patient kaum in seiner Geheimnissphäre verletzt, während sie für den Arbeitgeber oft von größter Wichtigkeit sein kann.

Endlich ist in diesem Zusammenhang noch auf das Erziehungsrecht der Eltern einzugehen und auf die Frage, ob den Eltern ein Recht auf Auskunft über die Krankheit des Kindes zusteht. Bisher wurde allgemein ein solches Recht nicht gewährt, soweit die Auskunft nicht der Förderung der Heilung dient[146]). Nach gesundem Volksempfinden ist auch kein Offenbarungsrecht darüber hinaus anzuerkennen. In dem Augenblick, in dem der Patient alleiniger Geheimnisherr geworden ist, kann auch er nur eine wirksame Einwilligung erteilen. Bei kleineren Kindern ist

142) K. Schäfer D Str 1937 S. 199; Kallfelz aaO S. 1346.
143) Schäfer D Str. 1937 S. 198.
144) Schäfer ebd. erwähnt einen solchen Fall.
145) Jaquet aaO.
146) Schuhmacher aaO S. 83; Spinner aaO S. 525; a. A Sauter aaO S. 263; Kohler aaO S. 595; LpzKomm § 300 Anm. 7.

der Vater oder die Mutter Geheimnisherr, und somit kann hier nie eine unbefugte Offenbarung vorliegen [147]).

Der Ansicht Bohnes [148]), der ausführt, Eltern und gesetzliche Vertreter hätten ein Recht auf Auskunft von dem Arzt auch gegen den Willen des Kindes, soweit ihnen ein Erziehungsrecht zusteht, ist nicht zu folgen [149]). Nach Bohne steht das Recht des Kindes auf Wahrung des Geheimnisses nicht so hoch wie das Recht der Erziehung und Personenfürsorge. Bohne will also die Offenbarung zulassen, weil sie zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck geschieht. Dem Erziehungsrecht der Eltern entspringt ein solcher „Anspruch" gegen den Arzt nicht. Daß aber die Fürsorge des Kindes und damit sein leibliches Wohl gefördert wird, insbesondere eine bessere Heilungsmöglichkeit besteht, wenn z. B. dem Vater eines auswärts [150]) sich aufhaltenden Sohnes vom Arzt berichtet wird, sein Sohn leide an einer Geschlechtskrankheit oder dem Vater die uneheliche Schwangerschaft seiner Tochter mitgeteilt wird, kann schwerlich behauptet werden.

Mit dem Notwehrtatbestand wurden bisher hauptsächlich die Offenbarungen des Arztes in einer Beleidigungs-, Schadensersatz- und Honorarklage gelöst. Man bezeichnete diese Fälle kurz als Vermögens- bzw. Ehrennotwehr.

Wer den Arzt im Zusammenhang mit der Behandlung beleidigt oder verleumdet, besitzt keinen Anspruch auf Rechtfertigung seines Vertrauens zum Arzt, das er ihm bei der Behandlung entgegengebracht hat. Der Arzt kann sich diesen Angriffen entgegensetzen und zu seiner Verteidigung darf er offenbaren, soweit dies notwendig ist. Heute wird man sogar noch weitergehen müssen und dem Arzt die Pflicht auferlegen, sich gegen solche Angriffe zur Wehr zu setzen. Denn seine Ehre ist zugleich die seines Standes. Es ist daher eine Standespflicht, Angriffe auf die Ehre abzuschlagen.

147) Vgl. Bemerkungen in MMW 1937 S. 1266.

148) Bohne DMW 1936 S. 974.

149) So auch Deschl aaO S. 56.

150) Wohnt der Sohn zu Hause, so frägt sich, ob nicht eine sittliche Pflicht zur Offenbarung an den Vater vorliegt wegen der Ansteckungsgefahr der Familienmitglieder.

Ebenso verhält es sich mit dem Recht zur Offenbarung bei der Honorarklage. Spinner[151]) wollte für das frühere Recht einen Ausweg suchen, um die Konstruktion der Notwehr zu umgehen, und um überhaupt eine Offenbarung zu vermeiden. Er befürwortete nämlich, daß in solchen Fällen ein sachverständiger Arzt an Hand der Unterlagen entscheiden soll, ob eine Ehrverletzung vorliegt oder das Honorar berechtigt ist. Eine seltsame Lösung! Denn eine Offenbarung ist es auch, wenn einem andern Arzt — und sei er auch Sachverständiger — die Unterlagen zur Einsicht überlassen werden. Warum sollen diese dann nicht gleich dem Richter vorgelegt werden, der z. B. eine Beleidigung daraus auch ohne medizinische Sachkenntnis feststellen kann? Außerdem erlangt der Sachverständige dadurch eine Befugnis — nämlich die Entscheidung, ob eine strafbare Handlung vorliegt oder nicht, oder ob der Anspruch rechtlich begründet ist oder nicht — die nur dem Richter zusteht.

Die Honorarklage und die übrigen Klagen des Arztes gegen einen Patienten oder die Abwehr einer Klage des Patienten gegen den Arzt muß heute mit den notwendigen Offenbarungen zugelassen werden als zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck — nämlich der Durchsetzung eines rechtlich gebilligten Anspruches. —

Zu den allgemeinen Rechtfertigungsgründen, die für jeden Straftatbestand Geltung haben, gehört vor allem die Notwehr. Nach Einführung des § 13 III RAeO ist strittig geworden, ob die Notwehr auch heute noch neben den in § 13 III RAeO angeführten Rechtfertigungsgründen ihre Berechtigung hat, oder ob nicht alle bisher von vielen mit dem Notwehrtatbestand gelösten Fälle heute von den in § 13 III RAeO genannten Offenbarungsrechten aufgesogen werden.

Weimar[152]) führt den Fall der Honorarforderung an. Es erscheint ihm „bedenklich, hier von einem Ueberwiegen des bedrohten Rechtsguts zu reden". Er neigt zu der Auffassung, daß die Aufzählung der Straffreiheitsgründe in § 13 III RAeO keine abschließende Regelung darstelle und läßt auch daneben noch Notwehr zu. Auch Spohr[153]) scheint diese allgemeinen Recht-

151) Spinner aaO S. 508.
152) Weimar aaO S. 266.
153) Spohr aaO S. 615.

fertigungsgründe noch neben den in § 13 III RAeO angeführten anerkennen zu wollen; denn er führt sie unter einer besonderen Ziffer neben der sittlichen Pflicht und der nach gesundem Volksempfinden berechtigten Offenbarung auf.

Syroth[154]) (Arzt) sieht hier keinen Unterschied; denn er führt aus: „Der Arzt handle erlaubt, wenn er in Notwehr oder Notstand handelt, denn (!) es handelt sich um einen nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck." Auch Mittermaier[155]) sagt, daß neben den in § 13 III RAeO genannten Rechtfertigungsgründen auch noch die Notwehr stünde.

Im Gegensatz zu diesen Auffassungen lassen Hellwig[156]) und Bohne[157]) die allgemeinen Rechtfertigungsgründe unerwähnt. Sie gestatten in den genannten Fällen die Offenbarung als zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck. Kallfelz[158]) schließt sich ausdrücklich dieser Auffassung an, indem er kurz ausführt, „daß es der früheren juristischen Hilfskonstruktionen zur Rechtfertigung einer Offenbarung, wie Notwehr, Notstand und auftragslose Geschäftsführung heute nicht mehr bedürfe".

Tatsächlich war auch die bisherige Lösung des Konflikts nur durch „juristische Hilfskonstruktionen" möglich. Wenn die überwiegende Meinung früher sich ihrer auch bediente, so doch nur deshalb, weil ein Offenbarungsbedürfnis bestand und eine andere konstruktive Lösung nicht gegeben war. Es wurde schon an Hand von Beispielen dargetan, daß in manchen Fällen die Rechtfertigung der Offenbarung durch Notwehr gesucht erscheint, und es gab deshalb auch früher verschiedene Schriftsteller, die aus diesem Grunde eine wenn auch nicht bessere Lösung suchten. So wurde z. B. in der Nichtbezahlung des Honorars eine stillschweigende Befreiung von der Schweigepflicht bei Erhebung der Klage gesehen[159]).

154) Syroth aaO S. 1471.
155) Mittermaier Mon.f.Krim. 1936 S. 154.
156) Hellwig DMW 1936 S. 154.
157) Bohne DMW 1936 S. 974.
158) Kallfelz aaO S. 1346.
159) Hoche aaO S. 822; Ludwig aaO S. 46; Böhme aaO S. 749; Ebermayer, Der Arzt im Recht S. 56, brachte die Honorar-, Beleidigungs- und Schadensersatzklage unter „Wahrung berechtigter Interessen", welche Formulierung heute nicht mehr anerkannt wird; vgl. Bohne DMW 1936 S. 974.

Wir haben die in Abs. 3 des § 13 RAeO angeführten Offenbarungsbefugnisse als Rechtfertigungsgründe angesprochen. Trotzdem sollen neben diesen Rechtfertigungsgründen die allgemeinen der Notwehr, des Notstandes usw. dadurch nicht ausgeschaltet sein. Im übrigen kann § 13 III RAeO schon deshalb keine vollständige Aufzählung der sämtlichen Rechtfertigungsgründe der Offenbarung geben, weil die Einwilligung als allgemeiner Rechtfertigungsgrund nicht in § 13 III RAeO enthalten ist. Sicherlich beseitigt sie aber die Rechtswidrigkeit der Offenbarung, wenn sie erteilt wurde. § 13 III RAeO erweitert also den Kreis der Rechtfertigungsgründe und will dadurch für die Schweigepflicht erreichen, daß offenbart werden kann auch ohne zu einer gezwungenen rechtlichen Konstruktion Zuflucht nehmen zu müssen. In diesem Sinne dürfte auch die schon angeführte Bemerkung Kallfelz' zu verstehen sein.

Auch die amtliche Strafrechtskommission scheint diese Auffassung vertreten zu wollen, wenn sie glaubt, die Fälle der Honorar-, Beleidigungs- und Schadensersatzklage als offenbarungsberechtigt gar nicht erwähnen zu müssen, weil die Offenbarung die berechtigte Rechtsverfolgung erst möglich macht[160]).

Neben den Rechtfertigungsgründen stehen auch bei dem Geheimnisschutz die allgemeinen Schuldausschließungsgründe (§§ 52, 54 StGB u. a. m.). In der Praxis werden sie seltener eine Rolle spielen als die Rechtfertigungsgründe.

dd) Ein Recht zur Offenbarung steht dem Arzt auch zu, wenn er vor Gericht als Zeuge aussagt. Die Frage des Zeugnisverweigerungsrechts war bisher lebhaft umstritten. Nach § 358 I Z. 2 ZPO und § 52 StPO ist der Arzt zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt. Hat der Geheimnisherr ihn aber von der Schweigepflicht entbunden, so ist er aussagepflichtig wie jeder andere Zeuge. § 385 II ZPO, § 53 II StPO. Wie hat der Arzt dieses Recht zu handhaben gegenüber dem Anvertrauenden? Besteht für ihn ein unbeschränktes Recht zur Aussage als Zeuge? Viele haben für § 300 StGB diese Frage bejaht[161]). Es wurde angenommen,

160) Schäfer DJ 1936 S. 376 und in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil S. 438.

161) Wolff aaO S. 78; Frank § 300 III 2 c; Placzek aaO S. 9; Seréxhe aaO S. 84; Finger aaO S. 366; Olshausen § 300 Anm. 9 b; Sauter aoO S. 248 u. a. m.

daß eine Offenbarung im Rahmen der Zeugenaussage nie unbefugt sei; denn die Prozeßgesetze hätten dem einzelnen Arzt ein „Recht" zur Aussage verliehen. Wer von ihm keinen Gebrauch mache, könne niemals wegen unbefugter Offenbarung bestraft werden. Denn ein Recht zur Zeugnisverweigerung bedeute keine Pflicht hiezu [162]).

Dieser Ansicht traten im Laufe der Zeit viele Schriftsteller entgegen [163]). Sie führten aus, daß die materiell-rechtliche Strafbestimmung des § 300 StGB nicht durch Prozeßgesetz eingeschränkt werden könnte und werde. Beide seien voneinander unabhängig. Was die Prozeßgesetze als „Recht" bezeichnen, sei noch kein materielles Recht, keine Befugnis zur Aussage [164]). Diese Meinung ließ daher eine befugte Offenbarung für § 300 StGB nur insoweit zu, als der Arzt sich auf Grund einer sittlichen Pflicht für verpflichtet und damit nach schon früherer Rechtsprechung und überwiegender Lehre [165]) auch für rechtlich berechtigt hielt zur Offenbarung.

Hat sich dieser Rechtszustand durch § 13 RAeO geändert? Schäfer [166]) und Kallfelz [167]) behaupten, daß das Gesetz die Streitfrage nun eindeutig entschieden habe, daß die Aussage vor Gericht jeder anderen gleichstehe — eine Offenbarung nur befugt sei, „wenn bei pflichtmäßiger Abwägung der Arzt zum Ergebnis kommt, daß durch sein Schweigen ein größerer Schade als durch sein Reden entstünde [168])". Es wird also eine Aussage nur in beschränktem Umfang, nur bei Vorliegen einer sittlichen Redepflicht (§ 13 III RAeO) zugelassen.

An sich kann aus der Formulierung des Abs. 3 eine solche Folgerung nicht ohne weiteres gezogen werden. Denn die sittliche Pflicht war ja — wie des öfteren schon betont wurde — schon vor Erlaß der Reichsärzteordnung durch Rechtsprechung und über-

162) Wolff aaO S. 78; Seréxhe aaO S. 86 und die eben Genannten.

163) Hippe aaO S. 291; Liebmann aaO S. 7; Jellinek aaO S. 686; Schuhmacher aaO S. 85 ff.; Ebermayer Der Arzt im Recht S. 47; Gaupp aaO § 383 Anm. III 2 ZPO und RGZ 53, 315 (317).

164) Schuhmacher aaO S. 85; Ebermayer ebd. und die Genannten.

165) Ebermayer JW 1929 S. 2221.

166) Schäfer DJ 1936 S. 376.

167) Kallfelz aaO S. 1346.

168) Schäfer ebd.; a. A. Hellwig DJ 1936 S. 373 ohne nähere Ausführungen.

wiegende Lehre anerkannt gewesen, so daß § 13 RAeO hier keine Aenderung bringen konnte.

Jedoch wird man sagen können — und dies führt auch Schäfer [169]) für den geltenden § 13 RAeO aus —, daß durch Abs. 3 alle Fälle der Offenbarung geregelt sein sollten, daß also der Arzt als Zeuge keine gesonderte Behandlung erfährt gegenüber jeder anderen Offenbarung.

Man könnte jedoch auf den Gedanken kommen, daß durch den Begriff der Offenbarung zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck für die Zeugenaussage vor Gericht ein grundsätzliches Rederecht besteht; denn diese Aussage dient der Ermittelung der materiellen Wahrheit und damit der Verwirklichung der Gerechtigkeit.

Auch bei aller Anerkennung der Bedeutung der richterlichen Entscheidung und des dem gerichtlichen Verfahren zugrunde liegenden Zwecks, ist trotzdem dem Berufsgeheimnis als hohem ethischem Prinzip, das der Staat anerkennt, grundsätzlich der Vorzug zu geben. Denn die Tatsache allein, daß eine Sache vor Gericht anhängig ist, besagt noch nicht, daß dadurch ein Interesse der Gemeinschaft an der Findung eines unbedingt richtigen Urteils besteht und daß sie daher gewillt ist, alle Mittel — also auch die Durchbrechung der Schweigepflicht — in den Dienst der Urteilsfindung zu stellen. (Vgl. auch den Gedanken in § 62 StPO.)

Die Abwägung der sich gegenüberstehenden Pflichten hat das Gesetz nicht dem Richter übertragen, sondern dem Arzt überlassen. Sein pflichtmäßiges Ermessen, ausgerichtet nach sittlichen und standesethischen Grundsätzen, soll entscheiden, ob er sein Berufsgeheimnis der Findung der Wahrheit opfern will, oder ob ihm im Einzelfall das Berufsgehemnis höher steht, ob er der Gemeinschaft besser dient, wenn er der auch in deren Interesse aufgestellten Pflicht zur Geheimniswahrung folgt [170]).

Ob es Fälle gibt, in denen der Arzt grundsätzlich vor Gericht offenbarungsberechtigt ist, in denen also das sittliche Recht oder die sittliche Pflicht stets eine Offenbarung gestatten, kann wohl kaum entschieden werden. Jeder Prozeß unterscheidet sich von einem andern durch die Verschiedenartigkeit seiner Umstände,

169) Schäfer in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil S. 444.
170) So schon RGSt 57, 63 ff.

durch andere Verhältnisse der Beteiligten und durch die Höhe der auf dem Spiele stehenden Werte.

Im Zivilprozeß ist die Aussage des Arztes über den Gesundheitszustand einer Person hauptsächlich beim Eheprozeß von Wichtigkeit. Der Arzt soll dartun, ob etwa einer der Ehegatten an einer ansteckenden (meist geschlechtlichen) Krankheit behandelt wurde oder ob er fortpflanzungsunfähig ist. In den meisten Fällen wird der Arzt von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen. Er wird gewöhnlich von den Patienten die Einwilligung zur Aussage einholen, wenn er eine Aussage für angebracht hält. Hat ihn der Patient von der Schweigepflicht entbunden, dann ist der Arzt nach § 385 II ZPO aussagepflichtig.

Es ist zuzugeben, daß der Arzt manchmal im Prozeß auch aussagen kann, ohne eine Einwilligung eingeholt zu haben. Dann muß seine Offenbarung gerechtfertigt sein kraft sittlicher Pflicht oder zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck. Jedoch steht dem Arzt ein solches Recht nicht schon zu, wenn z. B. der eine Ehegatte ein Recht auf Scheidung wegen Ehebruchs des anderen Teiles hat. Auch Spinner[171]) weist darauf hin, daß die Gefahren der Auflösung der Ehe in solchen Fällen oft weit größer sind als ihr Weiterbestehen. Der Arzt wird also im Eheprozeß nur dann von seinem Offenbarungsrecht nach § 13 III RAeO Gebrauch machen dürfen, wenn der Weiterbestand der Ehe weder für beide Teile noch für die Gesamtheit von erkennbarem Wert ist. Das bloße Vorliegen eines Scheidungs-, Aufhebungs- oder Nichtigkeitsgrundes gewährt demnach keineswegs ein solches Recht[172]). Denn mit einer solchen Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit ist dem Volksganzen und auch den Parteien recht selten gedient.

In Alimentenprozessen ist es oft von Wichtigkeit, zu wissen, ob das Kind eine Frühgeburt ist. Gewöhnlich wird hier die Hebamme um eine Aussage ersucht. Aber auch der Arzt, der der Geburt beiwohnte, wird oft zum Zeugnis herangezogen. Immer kann er sein Zeugnis verweigern, wenn er nicht von der Pflicht zum Schweigen entbunden wird. Aber gerade in diesen Prozessen, die heute nicht nur allein mehr um die „Alimente", um die Feststel-

171) Spinner aaO S. 545.
172) Vgl. auch Ebermayer, Der Arzt im Recht S. 48.

lung der Zahlvaterschaft, geführt werden, sondern in denen auch die Feststellung des blutsmäßigen Erzeugers von ebenso großer Wichtigkeit ist, muß der Arzt sein Aussagerecht nach § 13 III RAeO besonders sorgsam prüfen[173]).

Im Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht ist noch auf das Recht der Beschlagnahme von Krankengeschichten hinzuweisen.

Hier ist auch heute noch eine Lücke im Gesetz, auf die schon verschiedentlich im Schrifttum hingewiesen wurde[174]). Im Strafprozeß kann die Beschlagnahme sämtlicher schriftlicher Aufzeichnungen des Arztes verfügt werden. § 95 StPO[175]). Die Krankengeschichte, die hierzu vor allem in Betracht kommt, dient zur Gedächtnisstütze des Arztes über Tatsachen, worüber die Aussage vor Gericht verweigert werden kann. Warum soll der Arzt, der kaum Aufzeichnungen macht, und sich auf sein gutes Gedächtnis verläßt, besser gestellt sein in der Möglichkeit der Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses als ein anderer Berufsgenosse, der sorgfältig diese seine Feststellungen aufzeichnet, auch im Interesse des Kranken, und wo dann die Polizei diesen Umstand benützt, „um durch dieses Hintertürchen mit dem Schein des Rechts in das Berufsgeheimnis einbrechen zu können“[176]) ?

Eine Reform ist hier dringend angebracht. Das künftige Beschlagnahmerecht soll auch nach dem Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission[177]) eine Bestimmung enthalten dahingehend, daß Krankengeschichten und Aufzeichnungen des Arztes, die keine Mitteilungen seitens des Patienten sind und daher nicht unter den geltenden § 97 StPO fallen, den schriftlichen Mitteilungen des Patienten gleichstehen. Sie sollen also von der

173) Man denke an den Fall, daß ein Erbkranker oder Artfremder als Vater des Kindes festgestellt wird.

174) Thiersch DJZ 1904 S. 354 ff.; Schwarz § 300 Anm. 3 A a; Hellwig, Beschlagnahme ärztlicher Krankenjournale nach geltendem und künftigem Recht, DMW 1910 S. 2152.

175) A. A. Beling aaO S. 22, der die Beschlagnahme für unzulässig erklärt, weil sie das Zeugnisverweigerungsrecht aufhebe; ebenso Dohna, Strafprozeß 1929 S. 118 und Plank im Gutachterausschuß für das öffentliche Krankenhauswesen am 24. 11. 1932 in Berlin, Bohne DMW 1936 S. 17.

176) Spinner aaO S. 459.

177) Schafheutle in Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren S. 287.

Beschlagnahme in Zukunft befreit sein. Eine Ausnahme in dieser Hinsicht soll jedoch „bei den schwersten Verbrechen gegen Volk und Staat, bei Hoch- und Landesverrat“ [178]) gemacht werden. Dann soll das Interesse an der Wahrung des Berufsgeheimnisses dem Interesse der Volksgemeinschaft an der rücksichtslosen Bekämpfung des Staatsfeindes nachstehen [179]).

Eine solche Vorschrift bedeutet de lege ferenda eine Ausnahme von dem in Zukunft geltenden Grundsatz [180]), daß der Beschlagnahme nicht unterliegen solche Schriftstücke, über deren Inhalt der Betroffene als Zeuge seine Aussage verweigern darf. Im Hochverratsprozeß kann der Arzt also das ihm vom Patienten mündlich anvertraute Geheimnis wahren, während, wenn er Aufzeichnungen in dieser Hinsicht in die Krankengeschichte aufgenommen hat, der Staatsanwalt deren Kenntnis sich auch zwangsweise verschaffen können soll.

An dieser Stelle liegt eine Unstimmigkeit vor, was besonders deutlich wird, wenn man den Satz Töwes [181]) in seinem Bericht über das Zeugnisverweigerungsrecht liest, wo gesagt wird, daß „insbesondere es nicht angängig ist, bei ihnen (= den Rechtsanwälten und Aerzten) eine Ausnahme dahin zu machen, daß sie zur Aussage gezwungen werden können, wenn wichtige Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiele stehen“. Was für die Zeugenaussage ausdrücklich als unzulässig verneint wird, läßt man bei der Beschlagnahme ebenso ausdrücklich zu.

Ein berechtigter Grund für solche unterschiedliche Behandlung der Zeugenaussage und des Beschlagnahmerechts ist nicht zu erkennen. Entweder gewährt man bei Hochverratsprozessen dem Arzt überhaupt kein Zeugnisverweigerungsrecht und läßt daher auch die Beschlagnahme zu, oder aber man verneint auch bei diesen Prozessen die Notwendigkeit der Durchbrechung der Schweigepflicht. Dann müssen die Aufzeichnungen des Arztes aber auch von der Beschlagnahme befreit sein.

ee) Das Offenbarungsrecht nach Abs. 3 des § 13 RAeO ist entsprechend der Fassung des Gesetzes nicht nur dem Arzt zuge-

178) Schafheutle aaO S. 288.
179) Schafheutle ebd.
180) Töwe in Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren S. 216.
181) Töwe ebd.

standen, sondern diese Vorschrift bezieht sich auf alle nach § 13 RAeO schweigepflichtigen Personen.

Was die Gehilfen anbetrifft, so ist Neukamp[182]) durchaus zuzustimmen, daß diese auch hinsichtlich der Offenbarung von Berufsgeheimnissen in einem Treueverhältnis zum Arzt stehen. Grundsätzlich haben sie die Entscheidung über eine Offenbarung dem Arzt zu überlassen. Ausnahmen sind durchaus möglich, wenn nach der Ueberzeugung des Gehilfen eine sofortige Offenbarung dringend erforderlich ist.

Was für die Offenbarungsrechte gilt, gilt auch für die Offenbarungspflichten. Eine Bestrafung nach § 139 StGB wird weit weniger vorkommen als beim Arzt. Der Gehilfe wird sich im allgemeinen darauf beschränken dürfen, seinem Chef von seinen Mitteilungen Kenntnis zu geben und auf die pflichtmäßige Entscheidung desselben vertrauen dürfen.

Solche Personen, die nach dem Tode des Arztes schweigepflichtig werden, teilen auch dessen Offenbarungsrechte und -pflichten. Ein Hinweis auf diese Tatsache findet sich im Schrifttum nicht. Jedoch scheinen solche Fälle im Bereich des Möglichen zu liegen. Man denke an den Fall, daß sich in der Behandlung des vor kurzem verstorbenen Arztes ein jetzt gesuchter Verbrecher befand. Darf die Witwe des Arztes, die aus den Aufzeichnungen ihres verstorbenen Mannes erlangte Kenntnis von der Person des Verbrechers der Polizei mitteilen oder die Aufzeichnungen selbst an diese herausgeben? Soweit dem Arzt, wenn er noch leben würde, ein solches Recht zusteht, muß man auch der Witwe dieses Recht einräumen. Im übrigen ist bei ihr nur eine Veröffentlichung, nicht schon eine Offenbarung strafbar[183]).

182) Neukamp aaO S. 80.
183) Anders bei der Apothekerwitwe s. unten.

B. Die Schweigepflicht des Apothekers nach deutschem Recht.

§ 6. Allgemeines über das Apothekergeheimnis.

Die Umstände, unter denen der Apotheker das Geheimnis erfährt, sind dieselben wie beim Arzt. Auch der Zweck des Schutzes und die andern Gesichtspunkte gleichen sich. Es ist daher zu fordern, daß der Apotheker hinsichtlich des Berufsgeheimnisses dem Arzt gleichgestellt wird.

Das Apothekergeheimnis entwickelte sich geschichtlich gleichlaufend mit dem des Arztes. Erstmals im preußischen Strafgesetzbuch von 1851 wurde der Apotheker für schweigepflichtig erklärt; denn dort war der Kreis der Schweigepflichtigen zusammengefaßt unter dem Begriff „Medizinalpersonen", und zu diesen gehörte immer auch der Apotheker. Verschiedene landesrechtliche Bestimmungen hatten ihn schon vorher zum Schweigen verpflichtet. Die spätere Reichsstrafbestimmung in § 300 StGB führte den Apotheker besonders auf.

Nach der Regelung der Schweigepflicht in der Reichsärzteordnung von 1935 für die Aerzte, als der weitaus stärksten Gruppe der Medizinalpersonen, nahm nun auch die Reichsapothekerordnung in ihrem § 24 eine Bestimmung über die Schweigepflicht des Apothekers auf. Durch § 27 RAO wurde § 300 StGB ausgeschlossen, sodaß unter letztere Vorschrift an Medizinalpersonen nur noch die Hebammen fallen.

Die jetzige Bestimmung des § 24 Reichsapothekerordnung vom 18. 4. 1937 (RGBl I S. 457) lautet:

> „Ein Apothekenleiter, der unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei Ausübung seines Berufes anvertraut oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft. Dem Apothekenleiter stehen seine pharmazeutischen

Mitarbeiter und die Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf oder sonst in der Apotheke im Betrieb tätig sind, gleich. rung des fremden Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten das

Ebenso wird bestraft, wer nach dem Tode des zur Wahvon dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis offenbart.

Eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor, wenn ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart wird und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt.

Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt."

Dieser § 24 RAO hat, wie auf den ersten Blick ersichtlich ist, den Tatbestand des § 13 RAeO fast wörtlich übernommen. Die zu § 13 RAeO besprochenen Fragen und Probleme kehren daher auch hier wieder. Im allgemeinen kann deshalb für die Behandlung und Auslegung dieser Bestimmung auf die Ausführungen über § 13 RAeO verwiesen werden. Trotzdem ergeben sich aber einige Unterschiede zur Reichsärzteordnung, die hier erörtert seien.

§ 7. Der Täterkreis.

Die Besonderheiten gegenüber der Reichsärzteordnung.

§ 24 RAO spricht nicht mehr vom Apotheker, wie dies § 300 StGB tat, sondern vom Apothekenleiter. Ein wesentlicher Unterschied entsteht dadurch in der Praxis allerdings nicht. Denn Apothekenleiter ist derjenige, der den Betrieb einer Apotheke verantwortlich leitet, sei es als Eigentümer oder als Pächter. Voraussetzung zu solcher Tätigkeit ist die staatliche Konzession. Solche wird aber nur dem nach § 2 RAO bestallten Apotheker erteilt. Ein bestallter Apotheker, der keine Konzession hat, kann also nicht Apothekenleiter sein. Er ist aber gewöhnlich deshalb schweigepflichtig, weil er als Gehilfe eines Apothekenleiters tätig sein wird. Ein bestallter Apotheker, der aber weder eine Apotheke

leitet, noch Gehilfe eines Apothekenleiters ist[1]), wird schwerlich ein Berufsgeheimnis erfahren, wie Sauter[2]) mit Recht ausführt.

Anstatt des Wortes Gehilfe, finden wir heute in § 24 RAO den Ausdruck pharmazeutischer Mitarbeiter. Gemeint sind damit alle Personen, die im Betrieb der Apotheke bei der Herstellung und bei der Abgabe der Heilmittel beteiligt sind[3]). Sie müssen also tätig sein auf Grund ihrer pharmazeutischen Ausbildung, weshalb z. B. eine Schreibkraft nicht hierher gehört.

Weiter ist schweigepflichtig, wer zur Vorbereitung auf den Beruf in der Apotheke tätig ist. Hierher gehören vor allem die Praktikanten, die vor Beginn ihres akademischen Studiums in der Apotheke die ersten praktischen Kenntnisse erwerben. Anscheinend wurde dies ausdrücklich bestimmt, weil Zweifel möglich wären, ob solche Personen, die anfangs doch ohne berufliche Kenntnisse sind, schon als pharmazeutische Mitarbeiter angesprochen werden können.

Schließlich fallen in den Kreis der Schweigepflichtigen alle Personen, die „sonst in der Apotheke im Betrieb tätig sind". Damit werden sämtliche in der Apotheke mittelbar oder unmittelbar, gelegentlich oder ständig Beschäftigten für schweigepflichtig erklärt[4]). Die vorher genannten einzelnen Kategorien von Personen sind daher nur erläuternd zu diesem Begriff gedacht, und es erübrigt sich, im konkreten Fall eine Prüfung vorzunehmen, unter welchen der oben genannten Begriffe der Täter fällt[5]).

Die Schweigepflicht ergreift also in der Apotheke weit mehr Personen als beim Arzt. Dort sind nur die berufsmäßig tätigen

---

1) Z. B. ein Apotheker, der in einem Laboratorium wissenschaftlich arbeitet.

2) Sauter aaO S. 86.

3) Spohr aaO S. 588.

4) Spohr aaO S. 588; Steinwallner aaO S. 639.

5) Vgl. den ähnlichen Gedanken bei § 133 StGB, wo nach einer Aufzählung von einzelnen Gegenständen ein Generalbegriff („sonstiger Gegenstand") angeführt wird. Frank § 133 Anm. I sagt daher mit Recht, daß es keiner Ausführungen bedürfe, ob einer von den einzelnen Gegenständen vorliege, wenn doch jeder Gegenstand darunter falle. Ebenso RGSt 33, 413.

Gehilfen geheimhaltungspflichtig, hier auch die gelegentlich tätigen (also besonders auch die Ehefrau). Auch der Begriff der Gehilfen selbst ist weiter gefaßt; denn es braucht nicht untersucht werden, ob die betreffende Person durch ihre Verrichtung den Apotheker bei der Anfertigung von Arzneien tatsächlich unmittelbar fördert. Es genügt jedes Tätigsein im Apothekenbetrieb. Spohr[6]) zählt deshalb hierher eine Kassiererin und Stenotypistin. Ob eine Reinmachefrau darunter fällt, sei zweifelhaft. Nach dem weitgefaßten Wortlaut ist, wie Spohr selbst anführt, dies aber zu bejahen.

Wenn bei der Apotheke der Kreis der Schweigepflichtigen bedeutend weiter gezogen wird als beim Arzt, so rechtfertigt sich dies in der verschiedenen Art des Anvertrauens des Geheimnisses. Der Patient, der den Arzt aufsucht, vertraut diesem gewöhnlich allein und mündlich seine Geheimnisse an. Dem Apotheker dagegen wird das Geheimnis schon schriftlich fixiert überreicht, und dann wandert es oft noch durch verschiedene Hände. Die Gefahr der Offenbarung ist also größer. Der Schutz muß daher auch erweitert werden.

Auch nach der Reichsapothekerordnung wird, ähnlich der Reichsärzteordnung, derjenige bestraft, der fremde Geheimnisse, die er von einem verstorbenen Apotheker oder aus dessen Nachlaß erlangt hat, unbefugt offenbart. Jedoch in zweifacher Hinsicht unterscheidet sich § 24 II RAO von § 13 II RAeO. Einmal sind die Gehilfen bzw. Mitarbeiter in der Reichsapothekerordnung zu Abs. 1 gezogen worden. Dadurch wurde erreicht, daß auch die Erben der Gehilfen, Mitarbeiter usw., überhaupt aller in der Apotheke tätigen Personen, schweigepflichtig sind. Beim Arzt ist dies nicht der Fall, wie schon oben ausgeführt wurde[7]). Weiterhin gebraucht die Reichsapothekerordnung in Abs. 2 der genannten Vorschrift nicht mehr den Begriff „veröffentlicht", wie wir ihn in der Reichsärzteordnung finden, sondern das Wort „offenbart" wie in Abs. 1 des § 13 RAeO und Abs. 1 des § 24 RAO. Wenn der Apotheker stirbt, tritt demnach

6) Spohr aaO S. 587.

7) Vgl. die Anregung von Neukamp aaO S. 78, die in der Reichsapothekerordnung nunmehr verwirklicht wurde.

keine Verschlechterung des Geheimnisschutzes ein, wie dies bei der Reichsärzteordnung der Fall ist[8]).

§ 8. Sonstige Besonderheiten gegenüber der Reichsärzteordnung.

1. Offenbarungsrechte und -pflichten.

In Abs. 3 des § 24 RAO werden wie in Abs. 3 des § 13 RAeO dem Apotheker gewisse Offenbarungsrechte zugestanden. Auch der Apotheker ist bei vorliegender Rechtspflicht zur Offenbarung gesetzlich gezwungen. Er handelt damit befugt. Diese Rechtspflichten sind im wesentlichen dieselben wie beim Arzt. Auf eine Besonderheit sei jedoch hingewiesen.

Der Staat verleiht dem Apotheker das Monopol des Verkaufs der wichtigsten Heilmittel. Daher muß ihm folgerichtig auch die Aufsicht über die richtige Ausübung dieses Rechts zugestanden werden. Die Einrichtung der Apotheke in ihrer Gesamtheit, besonders aber die Aufbewahrung, Herstellung und der Vertrieb der Heilmittel wird daher von der staatlichen Behörde überwacht. Die nähere gesetzliche Regelung dieser Ueberwachung ist noch nach den einzelnen früheren Ländern verschieden. Die Hauptgrundsätze sind jedoch überall dieselben. Beispielsweise sei die württembergische Regelung angeführt. Nach § 33 der Verfügung des Innenministeriums betreffend die Einrichtung und den Betrieb der Apotheken sowie die Zubereitung und Feilhaltung der Arzneien vom 1. 7. 1885 (RegBl S. 305) mit verschiedenen späteren Aenderungen stehen die Apotheken unter der Aufsicht des Oberamts und der diesem vorgesetzten Polizeibehörden, sowie unter der technischen Aufsicht des Oberamtsarztes und des Innenministeriums. „Außerdem werden die Apotheken besonderen Visitationen nach Maßgabe der hierfür bestehenden besonderen Vorschriften unterworfen ....." Eine für das Berufsgeheimnis des Apothekers wichtige Vorschrift findet sich nun in Ziff. IX der Dienstanweisung für die Apothekenvisitationen vom 1. 7. 1885, wonach nach Ziff. 3 „sämtliche seit der letzten Visitation angesammelten Rezepte und sonstige schriftliche Ordinationen sich die

8) Schäfer DJ 1936 S. 374; Spohr aaO S. 590 Anm. 2.

Visitatoren vorweisen lassen müssen". Das Rezept, welches das Geheimnis verkörpert, muß also einer dritten Person zur Einsicht vorgelegt werden. Für den Apotheker besteht die Rechtspflicht zur Offenbarung.

Was die Einsichtnahme der Steuerbeamten in die Rezepte betrifft, so ergibt sich für den Apotheker ebenso wie für den Arzt eine unumschränkte Aussagepflicht. Zweifel wie beim Arzt können hier nicht auftauchen, da der Apotheker nicht nach § 177 RAbgO über das ihm Anvertraute auskunftsverweigerungsberechtigt ist. Die Einsichtnahme in die Rezepte wird jedoch zur Nachprüfung der Steuererklärung des Apothekers fast nie erforderlich sein.

Unter den Begriff „sittliche Pflicht zur Offenbarung" läßt Steinwallner [1]) die Aufklärung der Brauteltern bei ansteckender Krankheit des Bräutigams und ebenso die Warnung der Dienstherrschaft bei solcher Krankheit des Personals fallen. Der Apotheker ist jedoch in diesem Falle zu einer gewissen Zurückhaltung mit einer Offenbarung und zu besonders sorgfältiger Abwägung der sich widerstreitenden Rechtsgüter verpflichtet. Denn solche Offenbarungen überläßt er in erster Linie dem Arzt, der die näheren Umstände und Verhältnisse besser zu beurteilen in der Lage ist. Er wird nur in dringenden Fällen von diesem Recht Gebrauch machen.

Das dritte Recht zur Offenbarung ist auch für den Apotheker gegeben, wenn er zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck handelt. Gewöhnlich wird hierher wie beim Arzt die Anzeige eines Schwerverbrechers gezählt, der im Kampf mit der Polizei verletzt wurde, entkommen ist und nun in der Apotheke sich Verbandzeug holt [2]).

Bemerkenswert ist noch, daß § 24 III RAO anstatt des Wortes „straffrei", das die Reichsärzteordnung enthält, von einem Nichtvorliegen einer unbefugten Offenbarung spricht. Damit wird eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß solche Offenbarung nicht nur schuldfrei, (was durch „straffrei" auch mitumfaßt wird [3]), sondern auch unrechtsfrei ist.

1) Steinwallner aaO S. 639.
2) Ebd.
3) Spohr aaO S. 614 Anm. 4.

2. Der Apotheker als Zeuge.

Bezüglich des Zeugnisverweigerungsrechts hat die Reichsapothekerordnung — ebenso wie die Reichsärzteordnung für die Aerzte — keine Aenderung gebracht gegenüber dem bisherigen Rechtszustand.

Nach § 53 I Z. 3 StPO sind im Strafprozeß von den Medizinalpersonen nur die Aerzte zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt. Im Strafprozeß hat demnach der Apotheker auszusagen, auch wenn er nicht von der Schweigepflicht entbunden wird[4]). Seine Aussage und eine damit verbundene Offenbarung ist befugt, weil eine Rechtspflicht erfüllt wird.

Anders ist die Rechtslage im Zivilprozeß. In § 383 I Z. 5 ZPO sind als zeugnisverweigerungsberechtigt Personen aufgeführt, „welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht". Demnach ist im Zivilprozeß dem Apotheker ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden. Ob er von diesem „Recht" Gebrauch machen muß, ist dasselbe Problem wie beim Arzt. Wird er von der Schweigepflicht entbunden, so muß er nach § 385 II ZPO ebenso wie der Arzt aussagen.

Den Grund dieser verschiedenen Behandlung des Apothekers im Zivil- und Strafprozeß erklärt Wolff[5]) daraus, daß der Staat im Strafprozeß ein größeres Interesse an der Erforschung der materiellen Wahrheit habe im Gegensatz zum Zivilprozeß, wo der Schutz des Einzelinteresses im Vordergrund stehe. Einleuchtend ist diese Begründung nicht. Mag man auch zugeben, daß im Strafprozeß ein größeres Interesse an der Findung der materiellen Wahrheit vorherrscht, so kann man mit diesem Gesichtspunkt allein aber nicht die verschiedene Behandlung des Arztes und Apothekers, wenn sie als Zeugen auftreten, begründen[6]). Warum

4) Schwarz § 53 Anm. 1 StPO.

5) Wolff, Zeugnisverweigerungsrecht und Zeugnispflicht der Hebamme, in ZStW 30 S. 76.

6) In einigen Schweizer Kantonen beherrscht ein ähnlicher Gedanke die Regelung des Zeugnisverweigerungsrechts für den Arzt. Es wird ihm dort nur im Zivilprozeß ein solches Recht zuerkannt. — In dem Entwurf einer Strafprozeßordnung für Basel-Stadt vom Jahre 1927 wird dem Arzt nur eine

soll denn gerade der Arzt ein solches Recht im Strafprozeß haben und der Apotheker nicht? Beide erfahren in gleicher Weise Geheimnisse, beide verpflichtet die Rechtsordnung in gleicher Weise, diese geheim zu halten.

Suchen wir in den Protokollen zur Strafprozeßordnung zu § 52[7]) nach dem Grund der verschiedenen Behandlung, so ergibt sich, daß ein gerechtfertigter Grund nicht vorhanden war. Die Regierung wollte bei der Beratung überhaupt kein Zeugnisverweigerungsrecht zugestehen, um der Strafrechtspflege nicht ein geeignetes Mittel der Beweisführung zu entziehen[8]). Ein Antrag, der allgemein die Gleichstellung der in § 300 StGB genannten Personen mit denjenigen, die zeugnisverweigerungsberechtigt sein sollten, verlangte, war vorher abgelehnt worden. In der Hauptsache wollte die Kommission nur noch ein Zeugnisverweigerungsrecht für die Hebamme durchsetzen. Von dem Apotheker ist nirgends ausdrücklich die Rede. Nachdem aber die Regierung dem Arzt endlich ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestand, war die Kommission schon froh ob dieses Erfolges und ging daher nicht mehr weiter in ihren Forderungen.

Die verschiedene Behandlung des Arztes und Apothekers hat also keinen innerlich gerechtfertigten Grund, und heute ist ein solcher erst recht nicht anzuerkennen, wo der Apotheker als Angehöriger eines Standes mit besonderen Rechten und Pflichten noch mehr wie früher eine bevorzugte Stellung unter den Personen der Heilpflege genießt. Entweder gewährt man beiden Berufen dieses Vorzugsrecht im Prozeß, oder keinem von ihnen. Die gleiche Behandlung beider Berufe hinsichtlich des Berufsgeheimnisses, die oben schon als Forderung ausgesprochen wurde, verlangt auch diese Gleichstellung.

Vorzugsstellung hinsichtlich des Zeugnisverweigerungsrechts eingeräumt mit der Begründung, daß nur er über die wichtigsten Angelegenheiten des persönlichen Lebens befragt werde. Vgl. Iselin, Der Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses im Entwurf zu einer Strafprozeßordnung für den Kanton Basel-Stadt in SchweizMedW 1927 S. 911 ff. Warum der Apotheker von dieser Vorzugsstellung ausgeschlossen wird, ist damit nicht begründet.

7) Protokolle der Justizkommission des Deutschen Reichstages betr. die Beratung der Strafprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, Berlin 1876 S. 804 ff.

8) Vgl. zu dieser Frage Wolff ZStW 30 S. 78 und Lilienthal ZStW 29 S. 749.

Die amtliche Strafrechtskommission hat diese Forderung als berechtigt anerkannt[9]). Die Gründe, die den Arzt zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten, seien beim Apotheker dieselben.

Zusammenfassend kann für die Reichsapothekerordnung gesagt werden, daß sie im Vergleich zur Reichsärzteordnung den Kreis der Schweigepflichtigen sehr weit, man möchte fast sagen, zu weit[10]) gezogen hat. Im übrigen beseitigte die Reichsapothekerordnung manche Mängel, die die Rechtsärzteordnung noch aufweist.

9) Töwe in Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, S. 216.

10) Man bedenke, daß z. B. der Ehemann der verstorbenen Putzfrau nach § 24 II RAO bestraft werden kann, wenn er Geheimnisse aus der Apotheke, die er von seiner Frau zu deren Lebzeiten erfahren hat, ausplaudert.

C. Die Schweigepflicht des Arztes und Apothekers nach französischem Recht.

§ 9. Geschichtliche Entwicklung.

In Frankreich kommt der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses ebenso wie in Deutschland erst im vorigen Jahrhundert auf. Trotzdem hat der Arzt auch dort schon zu ältesten Zeiten die Pflicht zum Schweigen als ethische Pflicht gegenüber seinem Stand und seinem Patienten empfunden. Der Eid des Hippokrates wurde noch lange Zeit von allen jungen Medizinern beim Verlassen der Universität Montpellier abgelegt [1]).

Im Mittelalter verpflichten verschiedene Edikte den Barbier, der Behörde alle von ihm behandelten Verletzten anzuzeigen [2]). Der Staat bedient sich auf diese Weise der damaligen Heilpersonen bei der Verfolgung und Ergreifung von Verbrechern. Besonders im 14. Jahrhundert ergingen eine Reihe solcher Edikte [3]). In den Religionskriegen, als die Morde aus politischem und religiösem Fanatismus immer mehr zunahmen, sah sich der Staat gezwungen, diese Verordnungen zu verschärfen zur wirksameren Bekämpfung der dauernden Unruhen. Trotz dieser schweren Eingriffe in das Berufsgeheimnis war der Grundsatz der Schweigepflicht damals nicht unbekannt. So gewährte ein Edikt von 1477 Geistlichen, Anwälten und Aerzten ein Zeugnisverweigerungsrecht vor Gericht, ausgenommen für den Fall der sog. Majestätsverbrechen [4]). Auch werden nach einzelnen Verordnungen aus derselben Zeit die Mitglieder der Gerichtshöfe, Räte und Schreiber mit Entfernung vom Amt bestraft, wenn sie Amtsgeheimnisse offenbaren [5]).

---

1) Stévenard aaO S. 8.
2) Brissaud aaO S. 10.
3) Ebd. und Stévenard aaO S. 13.
4) Stévenard aaO S. 12.
5) Fau aaO S. 16.

Das Edikt von 1666 legte den Aerzten eine Anzeigepflicht auf für behandelte Verletzungen, die von Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates und von Münzverbrechen herrühren [6]). Diese Anzeigepflicht bestand noch, als Art. 378 c. p. in Kraft trat. Das genannte Edikt wurde erst 1832 förmlich aufgehoben [7]). Den Anlaß hiezu gaben die blutigen Unruhen am 5. und 6. Juni in Paris. Der Polizeipräsident verlangte damals unter Berufung auf die bald 200 Jahre alte Verordnung von dem Hospitalarzt Dupuytren Auskunft über die Personen der von ihm behandelten verwundeten Aufständischen. Dieser Arzt wies das Ansinnen zurück mit dem später oft angeführten und berühmt gewordenen Satze: „Je ne connais pas d'insurgés dans mes salles, je n'y vois que des blessés" [8]). Dieser Vorfall soll zur Aufhebung des Edikts, das die Anzeige verlangte, geführt haben.

Von dort ab hat Frankreich immer mehr der absoluten Schweigepflicht zugesteuert und an diesem Prinzip bis in die Gegenwart streng festgehalten. Schon vor dem Inkrafttreten des code pénal haben die Gerichtshöfe wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses Verurteilungen ausgesprochen, ohne daß eine ausdrückliche Strafbestimmung vorhanden war [9]).

Die erste gesetzliche Regelung fand das Berufsgeheimnis im code pénal von 1810 in art. 378. Diese Vorschrift gilt heute noch. Sie lautet:

> „Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui hors le cas ou la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs."

Der Berichterstatter, der die Gründe für die Einführung der bisher gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegten Schweigepflicht

6) Convers aaO S. 16.

7) Stévenard aaO S. 15. Daraus erklärt sich auch noch der Nebensatz in art. 378 c. p. „hors le cas ou la loi les oblige dénonciateurs", der heute gegenstandslos geworden ist; Spinner aaO S. 436.

8) Genequand aaO S. 10; Stévenard aaO S. 15.

9) Angef. bei Brissaud aaO S. 15. Genequand aaO S. 11 und Stévenard aaO S. 10.

darlegte, führte aus, daß Vertrauenspersonen oft Geheimnisse enthüllen würden nur mit dem Ziel, das Ansehen des Patienten herabzusetzen [10]). Danach gab es anscheinend zu jener Zeit auch manchen Arzt, der nicht mehr von seiner hohen Berufspflicht beseelt war. Wichtig für die spätere Auslegung des Gesetzes wurden diese Ausführungen vor allem insofern, als man verschiedentlich ihnen entnehmen wollte, daß das Gesetz eine Absicht der Schädigung fordert.

§ 10. Der Schutzcharakter des art. 378 c. p.

Ueber den Inhalt des Schutzcharakters des art. 378 c. p. gehen die Ansichten auseinander. Manche sehen die Strafbestimmung als Sanktion für die Verletzung eines zwischen Arzt und Patient bestehenden Vertragsverhältnisses an. Man konstruiert eine Art Verwahrungsvertrag (contract de dépôt) [1]). Die Pflicht zum Schweigen soll Vertragspflicht sein. Zur Begründung verweist man hauptsächlich auf den Wortlaut des art. 378 c. p., der von „personnes dépositaires" spricht [2]). Diese Ansicht, die das Privatinteresse in den Vordergrund stellt, hat den großen Vorzug, daß der Patient durch seine Einwilligung den Vertrag aufheben kann und dadurch ein Geheimnis entfällt. Der im französischen Recht bestehende recht erhebliche Streit, ob eine Einwilligung überhaupt wirksam erteilt werden kann, wird dadurch abgeschnitten [3]). Heute jedoch geht die Ansicht der überwiegenden Meinung dahin, daß der Schutz des Berufsgeheimnisses im Interesse der Gesamtheit erfolgt. Man spricht durchweg von „caractère sociale", „ordre public" und „intérêt sociale", die Gegenstand des Schutzes seien [4]). Der code pénal kennt die Geheimnisverletzung nur als Offizialdelikt, was jedoch aus den schon im deutschen Teil angeführten und auch für das französische Recht geltenden Gründen nicht zu der Annahme berechtigt, daß ein

10) Angef. bei Fau aaO S. 22, Stévenard aaO S. 15 und Brissaud aaO S. 22.

1) Fau aaO S. 26.

2) Ebd.

3) Garçon art. 378 Anm. 6.

4) Picot aaO S. 10; Raiter aaO S. 195; Stévenard aaO S. 54; Brissaud aaO S. 74.

Privatinteresse durch die Strafbestimmung nicht geschützt werden soll.

§ 11. Der Täterkreis.

Die art. 378 c. p. einleitende Aufzählung der schweigepflichtigen Personen scheint der deutschen Regelung in § 300 StGB sehr ähnlich zu sein. Die Endformel „et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession" bedeutet aber eine wesentliche Abweichung von der bisherigen deutschen Regelung. Die in art. 378 genannten schweigepflichtigen Personen werden durch diese Formel nur zu Beispielen. So sind die Anwälte, die ebenfalls unter die Schweigepflicht fallen, nicht ausdrücklich aufgezählt. Es ist bezeichnend, daß das französische Gesetz nur die Heilberufe besonders nennt; denn gerade aus deren Schweigepflicht hat sich diejenige anderer Berufe später entwickelt.

Die französische Regelung des Täterkreises hat Vor- und Nachteile. Wir erkennen sie deutlich bei einer Gegenüberstellung mit § 300 StGB bzw. § 13 RAeO. Berufe, die die Entwicklung von Wissenschaft und Leben erst nach Erlaß der Bestimmung hervorbringt, können jederzeit unter art. 378 c. p. gebracht werden, wenn ein Bedürfnis nach Schutz des Vertrauensverhältnisses besteht. Ein Streit z. B. um die Schweigepflicht der Zahnärzte, wie er im deutschen Recht herrscht, konnte sich in Frankreich nie erheben. Der Zahnarzt fällt unbestritten unter art. 378 c. p.[1]). Auch den Tierarzt sieht man als schweigepflichtig an[2]). Die Gehilfen, die nicht besonders genannt werden, fallen ebenso unter die Schweigepflicht, wenn sie berufsmäßig die Helferdienste leisten. Denn dann erfahren sie das Geheimnis in Ausübung ihres Berufes („par état ou par profession"). Auch die Studenten der Medizin unterliegen der Schweigepflicht[3]). Brissaud[4]) begründet dies aus einem „quasi-contract" zwischen Patient und Student. Diese Ansicht wird bestritten von solchen,

1) Stévenard aaO S. 41; Brissaud aaO S. 31.

2) Genequand aaO S. 23.

3) Ebd.; Brissaud aaO S. 35; Stévenard aaO S. 43; Spinner führt die Studenten in seiner Tabelle S. 480 nicht auf.

4) Brissaud aaO S. 35.

die sich streng an den Wortlaut des Gesetzes halten[5]). Von Brissaud[6]) wird auch darauf hingewiesen, daß es dem Arzt jederzeit erlaubt sei, einen Gehilfen zu beschäftigen und er daher das Berufsgeheimnis umgehen könnte, indem er einen solchen hinzuzieht und diesen offenbaren läßt.

Im französischen Recht zeigt sich aber auch der Nachteil einer solchen weitherzigen Formulierung: Welche Berufe im einzelnen unter die Strafbestimmung fallen, kann streitig werden, und ist es im französischen Schrifttum auch. Folgende Berufe werden hauptsächlich aufgezählt[7]): „Aerzte, Chirurgen, Apotheker, Hebammen, Magistratspersonen, Rechtsanwälte, Handelsrichter, Notare, Büropersonal bei Gericht, Wechsler, Geistliche, Polizei- und Postbeamte."

Die Trennung zwischen Amts- und Berufsgeheimnis, wie wir sie kennen, nimmt das französische Recht nicht vor. Der grundsätzliche Unterschied der Abgrenzung in den beiden Gesetzen liegt darin, daß das deutsche Recht auf die Zulassung zu einem bestimmten Beruf abstellt, während für das französische Recht die Tätigkeit allein maßgebend ist.

§ 12. Das anvertraute Geheimnis.

(le secret confié.)

1. Was als anvertrautes Geheimnis zu betrachten ist, darüber gehen die Ansichten wie im deutschen Recht sehr auseinander. Diese Frage hat in Frankreich eine ähnliche Entwicklung durchgemacht wie in Deutschland.

Eine ältere Lehre[1]) sah als Geheimnis nur diejenige Tatsache an, die, wenn sie enthüllt wird, dem Patienten an seinem Ansehen schadet. Zur Begründung berief man sich auf die Einreihung des Delikts unter das Kapitel: „Calomnies et injures", also unter die Beleidigungstatbestände, die eine solche Ansehensminderung zur Voraussetzung haben. Diese Meinung wird hauptsächlich mit

5) Dubrac bei Brissaud ebd.

6) Brissaud ebd.

7) Larousse du XXe siècle en six volumes, publié par Augé, tome sixième, Paris 1932 „Secret" S. 296.

1) Dalloz bei Brissaud aaO S. 67.

dem Argument bekämpft, daß auch Tatsachen, die durchaus nicht ehrenrührig sind, Gegenstand eines Geheimnisses sein können, weil ihr Träger sie geheim zu halten wünscht [2]).

Eine weitere ebenfalls heute als veraltet geltende Lehre [3]) wollte nur die unter dem ausdrücklichen Wunsch der Geheimhaltung dem Arzt anvertrauten Tatsachen als Geheimnis betrachten. Man entnahm die Begründung zu dieser Ansicht dem Gesetzestext, wo es heißt „secrets qu'on leur confie". Diese Auslegung entspricht jedoch auch nicht dem Sinne des französischen Gesetzes. Danach wären in der Praxis sehr wenige Tatsachen geheimhaltungspflichtig; denn recht selten äußert sich der Patient dem Arzt gegenüber in diesem Sinne [4]).

Die überwiegende Meinung im französischen Schrifttum geht dahin, daß geheimzuhalten alle Tatsachen sind, deren Geheimhaltung von dem Patienten gewöhnlicherweise gewünscht wird (secret de sa nature). Der Patient macht also eine Tatsache zum Geheimnis [5]). Wenn er seinen Willen nicht ausdrücklich kundtut, so ist dieser an dem Interesse des Patienten zu ermessen [6]).

Ebenso wie im deutschen Recht ist auch die zugänglich gewordene Tatsache geheimhaltungspflichtig. Auch hier finden wir eine Entwicklung wieder, die wir oben beim deutschen Recht aufgezeigt haben. Art. 378 c. p. enthält wie § 300 StGB nur das Wort „anvertraut". Dennoch hat sowohl Lehre wie Rechtsprechung in beiden Ländern auch die bloß „zugänglich gewordene" Tatsache unter die Schweigepflicht eingereiht. Genequand [7]) drückt sich sehr anschaulich dahingehend aus, daß vom Geheimnis umfaßt werden, die „visa", „audita" und die „intellecta", worunter die durch die ärztliche Sachkunde erfahrenen Geheimnisse zu verstehen sind.

2. Ebenso wie im deutschen Recht wird auch in Frankreich die Tatsache, die der Arzt bei Gelegenheit seiner Behandlung

2) Garçon art. 378 Anm. 17.

3) Faustin-Hélie bei Brissaud aaO S. 69; vgl. Garçon art. 378 Anm. 21.

4) Brouardel (angef. in Brissaud aaO S. 69) sagt von sich aus, daß während seiner 30jährigen Tätigkeit ihm kein solcher Fall vorgekommen sei. A. A. Placzek aaO S. 17.

5) Genequand aaO S. 21.

6) Ebd.; Garçon art. 378 Anm. 20.

7) Genequand aaO S. 22.

erfahren hat, nicht unter die Schweigepflicht gerechnet. Angeführt wird gewöhnlich das Beispiel von der Vernichtung eines Testaments in Gegenwart des Arztes, der einen Sterbenden besuchte [8]). Die Frage wird verschieden beantwortet. Mit Recht weist jedoch Garçon [9]) darauf hin, daß es nicht angebracht sei, den Arzt auch dort zum Schweigen zu verpflichten, wo er etwas erfahren habe, was jeder andere auch erfahren könne. Meist werde sich der Arzt jedoch auch hinsichtlich dieser Tatsachen moralisch zum Schweigen verpflichtet fühlen.

3. Für den Begriff des Geheimnisherrn ist eine Entscheidung des Gerichtshofs in Grenoble aus dem Jahre 1828 von Bedeutung [10]). Es handelt sich dort um den auch im deutschen Schrifttum oft angeführten Fall, daß eine Ehefrau auf Scheidung klagt wegen Ansteckung durch den Mann. Zum Beweis beruft sie sich auf das Zeugnis des Arztes, der sie untersucht hat und den sie nun von der Schweigepflicht entbindet. Die Entscheidung ist vor allem wichtig für die Frage, ob der Arzt überhaupt wirksam durch den Patienten von der Schweigepflicht entbunden werden kann. Bezüglich der Frage der Geheimnisherrschaft spricht aber das Urteil ausdrücklich aus, daß auch der Mann an dem Geheimnis teilhaben kann, ohne daß er sich in der Behandlung des Arztes befand. Er kann daher Mitanvertrauender und daher auch Mitgeheimnisherr sein.

§ 13. Die Offenbarung des Geheimnisses.
(Révélation du secret.)

1. Die unbefugte Offenbarung.

a) Für die Frage, wann eine Offenbarung vorliegt, kann ebenfalls auf die Ausführungen im deutschen Teil verwiesen werden. Denn Offenbarung ist auch nach französischem Recht die Mitteilung der geheimen Tatsache an einen Dritten durch den Arzt, sei es mündlich, schriftlich oder auf andere Art und Weise [1]). Es genügt dazu auch eine Mitteilung an eine Vertrauensperson des

8) Garçon art. 278 Anm. 21.
9) Ebd.
10) Vgl. dazu Genequand aaO S. 32.
1) Brissaud aaO S. 86.

Arztes, mit deren Verschwiegenheit gerechnet wird. Brissaud [2]) betont ausdrücklich, daß auch offenbart sei, wenn die Mitteilung an eine Person erfolgt, die selbst der Schweigepflicht unterliegt [3]).

b) Eine besondere Rolle hat im französischen Recht lange Zeit die Absicht der Schädigung bei Art. 378 c. p. gespielt. Nach Erlaß des code pénal haben Rechtsprechung und Schrifttum eine solche gefordert. Ihre Begründung fand diese Ansicht hauptsächlich in der Einreihung des Delikts unter den Titel „calomnies et injures". Man schloß daraus, daß auch für den Geheimnisverrat eine auf Schädigung gerichtete Absicht zu fordern sei [4]).

Erst 1885 hat die Rechtsprechung durch ein berühmt gewordenes Urteil gegen einen Arzt wegen Verletzung von Art. 378 c. p. die bisher verlangte Schädigungsabsicht als Voraussetzung für das Vorliegen von art. 378 c. p. fallen gelassen. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt ist kurz folgender: In der Zeitung „Le Matin" wurde nach dem Tode des berühmten Malers Bastien-Lepage behauptet, die ihn behandelnden Aerzte hätten ihn zur Genesung in eine Gegend geschickt, deren Klima ihm aber schädlich gewesen sei und sein Tod sei deshalb zu frühzeitig eingetreten. Der Arzt Watelet, der den Verstorbenen auch behandelte, rechtfertigte sich in einem Schreiben an den „Matin", worin er diesen Vorwurf zu widerlegen suchte und dabei „im Interesse der Wahrheit" zur Aufklärung des Sachverhalts den Krankheitsverlauf mitteilte [5]). Der Brief wurde in der Zeitung veröffentlicht, und der Staatsanwalt erhob Anklage wegen Verletzung des art. 378 c. p. Watelet wurde mit 100 fr. bestraft. Die zweite Instanz bestätigte das Urteil [6]). Der Einwand der Verteidigung, daß keine „intention de nuire" vorliege und daher nicht bestraft werden könne, wurde ausdrücklich zurückgewiesen.

Seit diesem Urteil hat die Rechtsprechung diesen Standpunkt

---

2) Ebd. Anm. 1; Fau aaO S. 32; Genequand aaO S. 24.

3) Ebenso Fau aaO S. 34, der den Fall der Mitteilung des Arztes an seinen Verteidiger anführt.

4) Dalloz und Urteil des Kassationshofes von 1830 beide bei Placzek aaO S. 50.

5) Abgedr. im Wortlaut bei Stévenard aaO S. 48.

6) Abgedr. bei Stévenard aaO S. 51.

aufrecht erhalten, und auch das Schrifttum billigt überwiegend diese Ansicht [7]).

Die französische Rechtsprechung und das französische Schrifttum hat nach all dem im Gegensatz zur deutschen Rechtswissenschaft recht lange gebraucht, um den wahren Inhalt und den Schutzzweck des Delikts zu erkennen.

2. Die befugte Offenbarung.

a) Auch das französische Gesetz verpflichtet den Arzt zur Anzeige bestimmter in Ausübung seines Berufs erfahrener Tatsachen im Interesse des Wohles der Volksgesamtheit. Für manche Fälle stellt es nur ein Recht zur Offenbarung auf.

Die Anzeige von Personenstandsveränderungen regelt das franz. Gesetz in art. 55, 56 und 57 code civil in ganz dem deutschen Personenstandsgesetz ähnlicher Form. Auch hier ist der Arzt zur Anzeige der Geburt verpflichtet, wenn der Vater seiner Pflicht nicht genügt. (Art. 56 c. c.) Zum Unterschied vom deutschen Personenstandsgesetz ist nach französischem Recht jeder, der der Geburt beigewohnt hat, zur Anzeige verpflichtet. Dies ergibt sich aus art. 346 c. p., der die Strafsanktion für die Nichtbeachtung der genannten Bestimmungen des code civil darstellt. Nach französischem Recht erfährt die uneheliche Mutter jedoch einen weitgehenden Schutz. Bei unehelichen Geburten wird gewöhnlich den Arzt die Anzeigepflicht treffen. Er ist jedoch nicht verpflichtet, den Namen der Mutter und den Ort der Geburt näher zu bezeichnen. Man begründet dies folgendermaßen [8]):

Die eheliche Geburt eines Kindes stellt im allgemeinen kein Geheimnis dar, sodaß der Arzt unbeschränkt aussagen kann, ohne gegen art. 378 c. p. zu verstoßen. Bei der Entbindung einer unehelichen Mutter dürfte in den meisten Fällen die Tatsache der Entbindung ohne weiteres ein Geheimnis bilden. Jedenfalls liegt immer dann ein solches vor, wenn der Arzt ausdrücklich um Schweigen angegangen wird. In solchem Falle kann sich der Arzt auf die Angabe der erfolgten Geburt eines Kindes in dem be-

7) Fau aaO S. 36; Garçon art. 378 Anm. 30; Brissaud aaO S. 115; Genequand aaO S. 25.

8) Brissaud aaO S. 129.

treffenden Amtsbezirk beschränken. Eine Bestrafung aus art. 346 c. p. kann ihn deshalb nicht treffen, weil art. 57 c. c., der die näheren Angaben (Name der Mutter, Wohnort derselben) verlangt, nicht in art. 346 c. p. erwähnt ist. Der code civil stellt in dieser Bestimmung lediglich eine Pflicht auf, ohne eine Strafsanktion für deren Verletzung zu kennen [9]).

Ein ähnliches Recht, die Angabe des Namens der Mutter und den genauen Ort der Geburt zu verweigern, gewährt man dem französischen Arzt bei Totgeburten [10]).

Solche feinfühligen Ausnahmen von der Anzeigepflicht kennt das deutsche Gesetz nicht. Die französische Regelung kann für die deutsche Gesetzgebung nicht Vorbild sein. Die Abstammungsverhältnisse, die ein deutscher Staatsbürger heute im öffentlichen Leben in den verschiedensten Lebenslagen nachzuweisen hat, fordern eine unbedingte Offenbarung der Namen der Eltern in den öffentlichen Registern. Für Frankreich, das den Rassegedanken und die damit zusammenhängenden erbbiologischen Folgerungen als seinem Staatsgedanken widersprechend ablehnt, mag diese Regelung als „recht geschickt“ [11]) gelten, für Deutschland ist sie heute unmöglich.

Für die gemeingefährlichen Krankheiten und ihre Anzeigepflicht für den Arzt gilt auch in Frankreich im wesentlichen dasselbe wie in Deutschland. Frankreich hat die Anzeigepflicht im Jahre 1822 genau festgelegt. Die späteren gesetzlichen Ergänzungsbestimmungen stammen aus den Jahren 1892, 1902 und 1903. In art. 15 des Gesetzes von 1892 wird bestimmt [12]):

> „Tout docteur, officier de santé ou sage-femme est tenu de faire à l'autorité publique, son diagnostic établi, la déclaration des cas des maladies tombées sous son observation et visées dans le paragraphe suivant“.

Die Liste der Krankheiten zerfällt in zwei Teile. Für eine Reihe von Krankheiten besteht eine Anzeigepflicht für eine andere ein Anzeigerecht.

Die Behandlung der Frage der Verbrechensanzeige

9) Humbert aaO S. 23.
10) Brissaud aaO S. 130.
11) Vgl. Placzek aaO S. 172, der dies so bezeichnet.
12) Vgl. Brissaud aaO S. 134.

durch den Arzt im französischen Recht ist recht lehrreich und enthält manch beachtliche Gesichtspunkte.

Es wurde schon erwähnt, daß das Edikt von 1666, das eine allgemeine Anzeigepflicht für den Arzt bei die Sicherheit des Staates bedrohenden (begangenen) Verbrechen festlegte, im Jahre 1832 außer Kraft gesetzt wurde. Auch die Anzeigepflicht für begangene Münzverbrechen wurde damals abgeschafft. In Kraft ist jedoch noch art. 30 des code d'instruction criminelle, der bestimmt:

> „Toute personne qui aura été témoin d'un attentat, soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu, sera pareillement tenue d'en donner avis au procureur de la République, soit du lieu du crime ou du délit, soit du lieu ou le prévenu pourra être trouvé".

Eine Ausnahmebestimmung für den Arzt gibt es nicht. Trotzdem tritt hier keine sog. Pflichtenkollision ein. Der genannten Vorschrift fehlt nämlich für ihre Verletzung eine entsprechende Strafsanktion. Erfüllt der Arzt jedoch diese Pflicht zur Anzeige, so kann er nicht nach art. 378 c. p. bestraft werden. Denn wenn das Gesetz an einer Stelle zur Anzeige auffordert und der Arzt dieser Aufforderung nachkommt, so kann er niemals bestraft werden, auch wenn für ihn besondere Bestimmungen gelten gegenüber den übrigen Staatsbürgern.

Man begründet dieses Ergebnis auch damit, daß der Arzt gar nicht Zeuge (témoin) eines solchen Attentats sei. Denn er sei nicht zufällig anwesend, sondern werde ausdrücklich gerufen und sei daher Vertrauensperson [13]). Es wird allgemein angenommen [14]), daß durch art. 30 c. d'instr. cr. dem Arzt die Anzeige gestattet ist und die Handhabung dieses Rechts Sache seines Gewissens bleibt. Das Vorliegen einer Nachlässigkeit des Gesetzgebers, der das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen etwa zu regeln vergessen hat, wird verneint [15]). Den Ausgleich zwischen den beiden Pflichten zu suchen wird absichtlich vom Gesetzgeber dem Arzt überlassen.

---

13) Brissaud aaO S. 121.

14) Brissaud aaO S. 122; Convers aaO S. 28; Stévenard aaO S. 79; Garçon art. 378 Anm. 68; Fau aaO S. 101.

15) Convers aaO S. 28; Fau aaO S. 100.

Wir finden hier die Erkenntnis anklingen, daß dem Gesetz die Abgrenzung solcher Pflichten gegeneinander nicht immer möglich ist, und daß manchmal die Entscheidung dem einzelnen — hier dem Arzt — übertragen werden muß. Das, was wir im deutschen Recht durch gesetzliche Anerkennung der „sittlichen Pflicht" und durch den Ausdruck „nach gesundem Volksempfinden berechtigter Zweck" zu bezwecken suchen, nämlich den Ausgleich zwischen Gesetz und Sittlichkeit, hat der französische Gesetzgeber erreicht, indem er eine Pflicht festlegt, ihre Verletzung aber nicht bestraft. Es stellt dies eine geschickte Gesetzestechnik dar, die uns aber fremd ist.

Im französischen Schrifttum spielen bei der Behandlung der Verbrechensanzeige hauptsächlich drei Fälle eine größere Rolle. Es ist dies der Fall einer Vergiftung, der Kindsmißhandlung und der Abtreibung. Bei der Vergiftung wird eine Offenbarung nur zugelassen, wenn es sich um eine solche durch Dritte handelt [16]). Hat der Kranke einen Selbstmordversuch durch Vergiftung unternommen, so wird eine Offenbarung an die Umgebung nicht gestattet. Bei den Vergiftungen durch dritte Seite wird dem Arzt das Anzeigerecht aus art. 30 c. d'instr. cr. zugestanden [17]).

Außer dem Fall der Vergiftung wird allgemein als anzeigeberechtigt erklärt eine Kindsmißhandlung durch die Umgebung des Kindes, besonders die Eltern [18]).

Schwieriger zu behandeln ist die Frage der Abtreibung und die damit zusammenhängende Anzeigepflicht. Auch in Frankreich hat das Berufsgeheimnis gerade im Zusammenhang mit dieser Frage heftige Gegner gefunden. Man verlangte völlige Abschaffung [19]) oder wenigstens eine Milderung der Bestimmungen im Sinne einer Durchbrechung der Schweigepflicht [20]). Das „intérêt social" fordere eine Beseitigung des Berufsgeheimnisses, das der Bekämpfung der Abtreibung hemmend im Wege stehe. Es ist auch gewöhnlich nur der Arzt, der diesem Verbrechen auf die Spur kommt. Es frägt sich aber, ob mit einer Durchbrechung der

16) Convers aaO S. 28; Brissaud aaO S. 123; Stévenard aaO S. 80; ebenfalls Placzek aaO S. 150.

17) Stévenard aaO S. 80; Convers aaO S. 29.

18) Brissaud aaO S. 124; Stévenard aaO S. 80; Convers aaO S. 31.

19) Valentino aaO S. 30.

20) Raiter aaO S. 195 f.

Schweigepflicht zugunsten einer Anzeigepflicht nicht der „Teufel mit Beelzebub" ausgetrieben wird, dadurch daß die Frau, die ihre Frucht getötet hat, sich oft nicht mehr in die Behandlung eines Arztes begeben kann, wenn sie sich nicht selbst beim Staatsanwalt anzeigen will. Gegen die verschiedentlich vorgeschlagene Straflosslassung der Frau sprechen erhebliche Bedenken.

Die Lösung, die wir für das deutsche Recht gebilligt haben, wird auch in Frankreich von einer großen Zahl von Schriftstellern als billigenswert angenommen. Sie geht dahin, daß dem Arzt grundsätzlich kein Anzeigerecht zusteht. Nur bei Bekanntwerden von gewerbsmäßigen Abtreibungen soll er einschreiten dürfen, weil dann eine soziale Pflicht die Verfolgung verlangt [21]). Manche halten jedoch an der absoluten Schweigepflicht auch in solchen Fällen fest [22]).

Das Problem der Schweigepflicht bei der Abtreibung ist also in Frankreich ein ganz ähnliches wie in Deutschland. Auch an dieser Stelle scheint jedoch der Mittelweg die beste Lösung zu bringen, indem man nur für die schwersten Fälle ein Offenbarungsrecht zugesteht.

Im Zusammenhang mit der Anzeige von Verbrechen wird im französischen Schrifttum vielfach die Frage erörtert, ob der Arzt die Schweigepflicht durchbrechen darf zur Rettung eines Unschuldigen vor Bestrafung. Wenn solche Fälle im täglichen Leben auch nicht recht häufig sein werden, so sind sie doch nicht gänzlich ausgeschlossen. Besteht die Gefahr der Verurteilung eines Unschuldigen und hat der Arzt die Kenntnis von der Person des Täters bei Ausübung seines Berufes erlangt, so muß man ihm die Offenbarung an das Gericht gestatten [23]). Denn es wäre durchaus verkehrt, das Prinzip so weit zu überspannen, daß es Ungerechtigkeiten fördert. Im Grunde ist die Zulassung einer Durchbrechung der Schweigepflicht an dieser Stelle die stillschweigende Anerkennung einer sittlichen Pflicht zum Reden, ohne die auch das französische Recht nicht auszukommen vermag.

Wer einen gesetzlich gebilligten Anspruch gegen eine Person hat, muß auch mit gesetzlichen Mitteln imstande sein, diesen

21) Genequand aaO S. 86; Convers aaO S. 32; Stévenard aaO S. 80.
22) Brissaud aaO S. 125.
23) Fau aaO S. 55; Stévenard aaO S. 80.

zu verwirklichen. Nach diesem allgemeinen und überall geltenden Grundsatz muß auch in Frankreich die Klage des Arztes auf Zahlung des Honorars und die damit notwendige Offenbarung von Geheimnissen zugelassen werden. Die rechtliche Begründung solcher Offenbarung und die Art und Weise der Klagerhebung wird jedoch verschieden beurteilt. Wer die Schädigungsabsicht als Tatbestandserfordernis bei art. 378 c. p. fordert, kann die Honorarklage mit den notwendigen Offenbarungen ohne weiteres zulassen, da bei dieser Enthüllung von Geheimnissen eine solche Absicht entfällt.

Wenn gesagt wird [24]), es entstehe bei einer solchen Klage kein Konflikt mit dem Berufsgeheimnis, weil der Arzt keine Geheimnisse enthülle und auch nicht dazu gezwungen sei, so ist dem auch für das französische Recht nicht zu folgen. Die Praxis weiß genug Beispiele, die zu einer Offenbarung von Geheimnissen oder zum Verzicht auf das Honorar zwingen. Brissaud [25]) führt selbst den Fall der unehelichen Entbindung an. Hier verlangt er vom Arzt einen Verzicht auf das Honorar, weil sonst ein Geheimnis gelüftet werden müßte. Mit Recht wird dagegen geltend gemacht [26]), daß das Berufsgeheimnis im Interesse des Kranken aufgestellt wurde, es aber niemals in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könne, daß der Behandelte diese Einrichtung dazu benutzt, um den Arzt rechtlos zu machen. Genequand [27]) bezeichnet die Geltendmachung des Honorars mit den notwendigen Enthüllungen als Recht der Notwehr und reiht diesen Fall unter die Gruppe der „violations d'usage" ein. Ein gesetzlicher Begriff ist dies nicht. Aber es sind dies Fälle, wo wirklich nach gesundem Volksempfinden eine Offenbarung gestattet sein muß, will das Gesetz nicht Unrecht zum Recht erheben.

Für die Verteidigung des Arztes in einem Strafprozeß, für eine Klage auf Schadensersatz aus dem Behandlungsvertrag gegen den Arzt und bei einer Privatklage des Arztes wegen Beleidigung gegen den Patienten gelten dieselben Grundsätze wie bei der Honorarklage [28]).

24) Brissaud aaO S. 126.
25) Ebd.
26) Genequand aaO S. 74.
27) Ebd.
28) Garçon art. 378 c. p. Anm. 136.

Außer den angeführten Fällen besteht eine Notwendigkeit zur Offenbarung auch noch an anderen Stellen. In eine sehr heikle Lage kann auch der französische Arzt kommen, wenn er einen syphilitischen oder an einer anderen ansteckenden Krankheit leidenden Patienten behandelt, der seine Umgebung durch Ansteckung gefährdet. Auch im französischen Schrifttum nimmt die Besprechung des Falles des syphilitischen Verlobten, der demnächst heiraten will, einen breiten Raum ein. Eine rechtliche Konstruktion, nach der Offenbarung möglich ist, wurde bisher nicht gefunden. Weil ein Offenbarungsrecht kraft sittlicher Pflicht nicht anerkannt wird, so versagt man dem Arzt das Recht einer warnenden Mitteilung an den Dritten [29]). Fast durchweg wird auf die recht klugen Auswege von Brouardel [30]) verwiesen. Dieser empfiehlt seinen Kollegen in solchen Fällen den Beteiligten z. B. die Vorzüge einer Lebensversicherung in der anschaulichsten Weise zu schildern, und er führt einen solchen Fall aus seiner Praxis an, wo die gewünschte Folge auch eintrat: die Verlobung wurde aufgelöst, weil der erkrankte Partner sich nicht von einem Versicherungsarzt, der zur Offenbarung als Sachverständiger gegenüber der Gesellschaft befugt gewesen wäre, untersuchen ließ [31]).

Dieser Ausweg mag sehr geschickt sein, löst aber keinesfalls das dem Fall zugrunde liegende Problem. Denn bei vielen anderen Fällen verlangt das Gewissen eine Offenbarung, ohne daß eine solche durch derartig geschickte Manöver zu erreichen wäre. Letztlich stellen diese Versuche nur kluge und taktvolle Umgehungen eines festen Grundsatzes dar.

Gerade das Problem um das „Heiratsprojekt" hat scharfe Angriffe gegen das Berufsgeheimnis hervorgerufen. Valentino [32]), einer der heftigsten Gegner, spricht dem Berufsgeheimnis auch an dieser Stelle jeden sozialen Wert ab. Er betont die Pflicht des Gewissens in solchen Fällen zu reden und verurteilt äußerst scharf die überwiegende Meinung von der Berechtigung der Schweigepflicht auch in solcher Lage: „je le déclare, jamais je ne me sen-

29) Brissaud aaO S. 103; Stévenard aaO S. 88.

30) Angef. bei Brissaud ebd., Genequand aaO S. 87 u. a.

31) Angef. bei Placzek aaO S. 104.

32) Valentino aaO S. 31.

tirai le courage d'obéir à la loi en pareille circonstance; ma conscience parlerait plus haut qu'elle et, sans hésiter, je dirais: non, ne donnez pas votre fille à cet homme“ [33]).

Im übrigen nennt er die Schweigepflicht unmoralisch, und seine Ansicht gipfelt in dem Satze [34]): „Ne nous payons pas de mots, et disons, en toute franchise, que le secret médical — philosophiquement — est une malhonnêteté“. Wenn auch die überwiegende Meinung in Frankreich solche Angriffe auf das ärztliche Berufsgeheimnis nicht billigt und zum großen Teil auch in den genannten Fällen dem Arzt das Sprechen verbietet, so zeigen diese doch deutlich, daß der französische Arzt auf der Suche nach einer Offenbarungsmöglichkeit ist. Eine Lösung zu finden, ist aber um so schwieriger, als auch dem französischen Recht eine katalogisierende Aufzählung der Offenbarungsfälle nicht möglich ist [35]).

b) Die Behandlung der Einwilligung des Patienten in die Offenbarung ist im französischen Recht nicht so einfach wie im deutschen. Die Lehre vom absoluten Berufsgeheimnis, das keinerlei Durchbrechung erfahren darf, die auch heute noch recht zahlreiche Vertreter hat [36]), kennt keine wirksame Einwilligung. Das ist eine logische Folgerung aus dieser Lehre. Das Berufsgeheimnis ist absolut, das „intérêt social“ und der „ordre public“ überwiegen alle anderen Gesichtspunkte und erlauben keine Offenbarung kraft Willens und Ermächtigung des einzelnen.

Im deutschen Recht anerkennen wir die Einwilligung als Unrechtausschließungsgrund überall dort, wo dem einzelnen ein Verfügungsrecht über das geschützte Rechtsgut zusteht. Wo der Träger des Handlungsobjekts und Schutzobjekts in einer Person zusammenfällt, ist eine wirksame Einwilligung möglich [37]). Ob dies der Fall ist bei einem Delikt, wird nicht immer einheitlich entschieden. Beim Berufsgeheimnis wird eine Verletzung bei Vorliegen der Einwilligung deshalb nicht angenommen, weil in

33) Valentino aaO S. 26.
34) Valentino aaO S. 31.
35) Picot aaO S. 144.
36) Brissaud aaO S. 103 und die dort angeführten französischen Schriftsteller.
37) Mezger, Lehrbuch S. 214.

solchen Fällen mangels eines Geheimhaltungswillens gar kein Geheimnis vorliegt [38]).

Die Anhänger des Verwahrungsvertrags [39]) heben ihre einfache Lösung hervor, die dem Leben auch viel näher kommt.

Das Hauptargument, das für die absolute Theorie im Zusammenhang mit der Frage einer wirksamen Einwilligung immer wieder geltend gemacht wird, ist folgendes [40]):

Der Patient weiß oft nicht vollauf Bescheid über seine Krankheit, weil ihn der Arzt im Interesse der Heilung nicht aufklärt. Wird der Arzt dann gezwungen, auszusagen, so kann das dem Patienten sehr oft recht nachteilig werden. Das Ziel der Einwilligung, dem Patienten zu nützen, schlägt in das Gegenteil aus, und bei bestimmten geistigen Krankheiten kann eine solche Offenbarung katastrophale Folgen für den Patienten haben. Den deutschen Arzt trifft daher die Pflicht, vor der Aussage den Patienten über die Tragweite und Folgen derselben aufzuklären. Handelt es sich jedoch um eine geistige Krankheit (vor allem Paralyse [41]), die der Arzt dem Patienten im Interesse der Genesung verschwiegen hat, so wird er sich schwerlich aus dem Konflikt ziehen können.

Die Auswege, die die Lehre vom absoluten Berufsgeheimnis gesucht hat, um dem Leben gerecht zu werden, sind recht lehrreich und seien daher kurz angeführt.

Schwierigkeiten ergeben sich hauptsächlich bei der Ausstellung eines ärztlichen Zeugnisses und bei Auskünften gegenüber Krankenversicherungen [42]). Es ist unmöglich, dem Arzt die Ausstellung solcher Zeugnisse zu verbieten, wo sie der einzelne bei allen möglichen Stellen benötigt. — Es ist davon auszugehen, daß der Arzt gegenüber dem Patienten dessen Zustand in vollem Umfang dartun kann, weil gegenüber dem Geheimnisherrn niemals ein Geheimnis bestehen kann und der Kranke nicht gehindert werden kann, jedermann seine Krankheit in allen Einzelheiten zu erzählen. Dann muß man zugestehen, daß der Patient

38) Z. B. Schuhmacher aaO S. 70.
39) Fau aaO S. 87.
40) Brissaud aaO S. 94; hingewiesen auch bei Spinner aaO S. 501.
41) Spinner aaO S. 502.
42) Brissaud aaO S. 93.

dem Dritten gegenüber diese Mitteilung auch schriftlich machen kann. Dabei ist wiederum gleichgültig, wer diese Angaben niedergeschrieben hat. Die Vertreter der absoluten Theorie gewähren daher auch dem Arzt das Recht, ein Zeugnis auszustellen. Die Aushändigung darf aber nur an den Patienten selbst erfolgen [43]). Folgerichtig ist es, das Zeugnis den Erben zu verweigern, weil auch nach französischem Recht das Recht auf Geheimniswahrung ein persönliches ist [44]).

Durch diese Konstruktion kommt man praktisch zum selben Ergebnis wie die Vertragstheorie und das deutsche Recht. Aus dem Satze, daß der Patient seinen Krankheitszustand jedermann offenbaren kann, ergibt sich jedoch ein Zugeständnis an die Ansicht, daß der Geheimnisschutz im wesentlichen im Interesse des Behandelten geschieht. Die Verneinung der Möglichkeit einer wirksamen Einwilligung stellt eine Uebertreibung des Schutzes öffentlicher Interessen dar. Verschiedentlich wird dies auch anerkannt und betont, daß die Geheimniswahrung auch im Interesse des Patienten geschieht und sich daher nicht gegen dessen Belange wenden darf [45]).

Der zweite Fall, in dem die Offenbarung durch Einwilligung im Leben eine große Rolle spielt, ist die Mitteilung gegenüber Versicherungen. Sucht der Versicherte den von der Versicherung bestimmten Arzt auf, dann soll der Arzt die Stellung eines Sachverständigen (expert) genießen, zu dem kein Vertrauensverhältnis besteht. Dieser kann daher unbeschränkt aussagen gegenüber der Versicherung [46]).

c) Art. 80 des code d'instr. cr. verlangt von jedermann, sich als Zeuge vernehmen zu lassen:

„Toute personne citée pour être entendue en témoignage sera tenue de comparaître et de satisfaire à la citation; sinon elle pourra y être contrainte par le juge d'instruction, qui, à effet, sur les conclusions du procureur de la République sans autre formalité ni délai, et sans appel, prononcera une amende qui n'excédera pas cent francs et pourra ordonner que

43) Brissaud aaO S. 94.
44) Brissaud aaO S. 95 u. S. 101.
45) Genequand aaO S. 32.
46) Brissaud aaO S. 97.

la personne citée sera contrainte par corps à venir donner son témoignage".

Eine den §§ 53 StPO und 383 ZPO entsprechende Bestimmung, wodurch Aerzte und andere schweigepflichtige Personen vom Zeugnis befreit werden, kennt das französische Recht nicht. Dadurch entstehen für den Arzt zwei sich widerstreitende Pflichten — die Pflicht zur Aussage und die Pflicht zum Schweigen. Welche Pflicht vorgeht, wird nicht einheitlich entschieden. Es bestehen drei Lösungsmöglichkeiten, deren jede einige Vertreter besitzt: 1. die Pflicht zum Reden, 2. die Pflicht zum Schweigen und 3. die Wahl zwischen beiden, die dem Arzt überlassen wird.

Zu 1. Die Pflicht zum Reden wird neuerdings nicht mehr anerkannt [47]). Sie gründet sich darauf, daß die Wahrheitsfindung im Prozeß, die Verwirklichung der Gerechtigkeit, über allem stehe und daher auch der art. 378 entspringenden Pflicht vorgehe. Mit Recht ist diese Lehre verlassen worden; denn sie wird der Bedeutung des Berufsgeheimnisses nicht gerecht. Außerdem gilt auch für das französische Recht, was schon im deutschen Teil ausgesprochen wurde, daß sehr viele Prozesse Bagatellen behandeln, deretwegen das Berufsgeheimnis nicht geopfert werden darf [48]).

Zu 2 u. 3. Größtenteils betonen die französischen Schriftsteller die Pflicht zum Schweigen auch vor Gericht [49]). Die Wahl zwischen Reden und Schweigen wird dem Arzt nur von einigen wenigen zugestanden [50]). Zweifellos ist das die einfachste Lösung. Dem Arzt wird die Entscheidung darüber, wie er seinen Pflichten nachkommen will, selbst überlassen. Diese Lösung hat auch § 13 III RAeO gewählt.

Sehr lehrreich ist es, den Einwand zu hören, der vom französischen Schrifttum gegen das Wahlrecht zwischen Reden und Schweigen erhoben wird. Denn es ist derselbe, der vom deutschen Schrifttum oft gegen das unbeschränkte, also im Ermessen des Arztes stehende Rederecht vor Gericht geltend gemacht wurde.

47) Vertreten z. B. von Sadoul bei Brissaud aaO S. 142.

48) Einen anderen Standpunkt nimmt das belgische Gesetz ein. Art. 458 code pénal belge: ... qui hors le cas, où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ....

49) Brissaud aaO S. 148; Stévenard aaO S. 63 u. a. m.

50) Verwaest bei Genequand aaO S. 79; Fau aaO S. 100.

So deutet Brissaud [51]) den Gedanken der Rechtsunsicherheit an, indem er ausführt: „Ainsi le médecin tantôt parlera, tantôt se taira, aujourd'hui il répondra aux questions du juge, demain il alléguera le secret professionnel et également abrité par l'article 378 du Code pénal et l'article 80 du Code d'instruction criminelle, il sera le grand arbitre de la question. C'est là, il faut l'avouer, une conception trop antijuridique pour être jamais rentrée dans les vues du législateur". Auch behauptet er, daß die Lösung „antijuridique" sei und daher nicht im Sinne und der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könne [51]). Es spiegelt sich hier eine Auffassung wider, wonach das Gesetz stets eine Formel notwendigerweise finden muß und kann zur Herbeiführung eines gerechten Ausgleichs bei Konflikten, die das Leben reichlich zwischen gesetzliche Bestimmungen streut. Aber beim Berufsgeheimnis zeigt sich auch im französischen Recht, daß dies nicht immer möglich ist.

Schluß.

§ 14.

Wir haben die Regelung des deutschen und französischen Rechts verglichen. Die Gegenüberstellung der Strafbestimmungen gerade dieser beiden Länder ist besonders deshalb lehrreich, weil die Bestimmung des französischen Rechts einem der ältesten Strafgesetzbücher, die heute noch in Kraft sind, angehört, während dagegen das deutsche Recht dieses Gebiet erst vor kurzem nicht nur neu gefaßt, sondern einer grundsätzlichen Aenderung unterzogen hat. Außerdem gehören die beiden Strafbestimmungen ganz verschiedenen und entgegengesetzten weltanschaulichen Zeiträumen an.

Die bedeutendste Streitfrage bei allen Regelungen war von jeher die Frage der Anerkennung einer sittlichen Pflicht zum Reden, wo das Gesetz nach seinem Wortlaut Schweigen gebietet. Sie steht auch heute noch im Vordergrund jeder Auseinandersetzung über diese Materie.

Die Anschauungen des jeweiligen Gesetzgebers von Recht, Gesetz und Sittlichkeit bestimmen die Regelung dieses Problems. Die

51) Brissaud aaO S. 144.

Ausführungen über das Berufsgeheimnis zeigen, daß die Rechtsordnung — wenn vielleicht auch nur wenige — Fälle kennt, in denen die Technik des Gesetzes nicht mehr ausreicht, um jedesmal zu Ergebnissen zu gelangen, die dem sittlichen Empfinden des Menschen entsprechen.

Auch die Franzosen sind sich der Tragweite und der Bedeutung des Problems und des sog. Offenbarungsrechts kraft sittlicher Pflicht wohl bewußt. Die Auseinandersetzung über das ärztliche Berufsgeheimnis ist in neuerer Zeit wieder sehr lebhaft geworden im Zusammenhang mit der allgemeinen Strafrechtsreform. An dem Prinzip der absoluten Schweigepflicht soll aber auch in Zukunft festgehalten werden [1]).

Die außerfranzösischen, neuerdings erfolgten Regelungen in einzelnen Strafgesetzbüchern bezeichnet Donnedieu de Vabres [2]) als reichlich biegsam und elastisch, weswegen sie dem französischen Recht nicht als Vorbild dienen könnten. Er verwirft eine gerechtfertigte Offenbarung bei Vorliegen eines „juste motif", beklagt aber zugleich die engherzige Rechtsprechung der französischen Gerichte. Diese halten sich jedoch nur an den Wortlaut des Gesetzes.

Das deutsche Gesetz hat in der Reichsärzteordnung dieses „juste motif" ausdrücklich anerkannt, indem es den Begriff der „sittlichen Pflicht" und des „nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweckes" in die Gesetzessprache aufnahm und damit dem Arzt den Weg freimachte, dem Ruf seines Gewissens folgen zu können. Das Gesetz ist uns nicht höchste Norm zur Regelung des Lebens der Gemeinschaft. Es bleibt nur ein technisches Mittel, das dem Gesetzgeber zur Verwirklichung einer höheren sittlichen Ordnung dient. Wo dieses Mittel nicht mehr zur Erfüllung dieser Aufgabe ausreicht — aber nur dann — wird und muß auf die höhere Ordnung selbst verwiesen werden. Denn das Versagen des Werkzeugs enthebt niemals von der Erfüllung des Auftrags.

---

1) Bemerkungen in DMW 1936 S. 1025; vgl. auch art. 420 des Entwurfs zum Code pénal bei Donnedieu de Vabres aaO S. 383.

2) Donnedieu de Vabres aaO S. 382.

Lebenslauf

Am 27. April 1915 wurde ich als Sohn des Fürstl. Hohenzoll. Forstmeisters Franz Gönner und seiner Ehefrau Hedwig geb. Probst in Ravensburg geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit durch Geburt. Nach Ausgang des Krieges wurde mein Vater von Deffernik im Böhmerwald nach Neckarhausen in Hohenzollern versetzt. Am 12. März 1934 erhielt ich am damaligen Preuß. Reform-Realgymnasium in Hechingen das Zeugnis der Reife. Kurze Zeit später wurde mir durch den Oberpräsidenten der Rheinprovinz die Hochschulreife verliehen. Anschließend widmete ich mich an der Universität Tübingen dem Studium der Rechte, das ich an den Universitäten Bonn und München fortsetzte. An der Universität Tübingen beendigte ich meine Studien. Am 12. Mai 1938 bestand ich vor dem Prüfungsausschuß des Justizprüfungsamtes beim Oberlandesgericht Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung. Im Juni desselben Jahres wurde ich zum Gerichtsreferendar beim Amtsgericht Hechingen ernannt. Am 11. November 1938 fand die mündliche Doktorprüfung statt.

Roland Gönner.